

Tribunal Arbitral
INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS INVÍAS
Vs.
MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.
LAUDO ARBITRAL
Bogotá, 6 de julio de 2018

I. ANTECEDENTES

1. PARTES DEL PROCESO

La parte convocante es el INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS -INVÍAS- y la convocada MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A., que actuaron a través de sus respectivos representantes y por intermedio de apoderados especiales para el proceso.

En el laudo se hará referencia a la convocante también simplemente como INVÍAS, y a la convocada como MAPFRE o la aseguradora.

Se contó con la intervención de la Procuradora Primera Judicial II Administrativa de Bogotá, como agente del ministerio público.

2. EL COMPROMISO ARBITRAL Y COMPETENCIA

El pacto arbitral con fundamento en el cual fue convocado el presente Tribunal es del siguiente tenor:

“Las partes (Tomador y Asegurador) acuerdan que cualquier controversia que se suscite entre ellas con ocasión de la celebración, ejecución de las obligaciones nacidas del contrato de seguros y terminación del mismo, será asumida por un tribunal de arbitramento, el cual estará integrado por tres (3) árbitros designados de común acuerdo entre las partes, o en su defecto, por árbitros inscritos en la lista del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. El arbitraje será en derecho y se sujetará a la normatividad jurídica vigente. Las partes fijan como domicilio la ciudad de Bogotá y como sede el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de la misma ciudad”.

El Tribunal se declaró competente para resolver la controversia en audiencia del 28 de febrero de 2018, sin objeción de las partes.

3. RESUMEN DEL TRÁMITE GENERAL DEL PROCESO

La convocatoria al proceso arbitral fue radicada el 18 de julio de 2014 y, después de varias citaciones a las partes a reuniones para designar árbitros -reuniones que fueron suspendidas en numerosas ocasiones-, se eligieron progresivamente los integrantes del panel arbitral, completado con la elección del tercer árbitro el 11 de agosto de 2017. El Tribunal se declaró instalado el 13 de septiembre de 2017.

La demanda fue inadmitida el 13 de septiembre de 2017. Una vez recibida la subsanación correspondiente, se admitió mediante auto del 27 de septiembre de 2017 que se notificó a la convocada y a la agente del ministerio público.

La convocada contestó la demanda el 29 de noviembre de 2017, dentro del plazo legal, con proposición de excepciones de mérito, de las cuales se corrió traslado a la convocante, quien se pronunció sobre estas en memorial radicado el 22 de diciembre de 2017.

El 2 de febrero de 2018 se realizó la audiencia de conciliación, sin lograr acuerdo.

La primera audiencia de trámite se llevó a cabo el 28 de febrero de 2018 y en ella el Tribunal se declaró competente y decretó pruebas, decisiones que fueron adoptadas sin oposición de las partes.

Evacuada la etapa probatoria y manifestada la conformidad de las partes con las pruebas practicadas, se señaló fecha para audiencia de alegatos, realizada el 23 de mayo de 2018.

4. PRUEBAS RECAUDADAS

La convocante aportó pruebas documentales, que fueron tenidas en cuenta por el Tribunal de conformidad con su valor probatorio.

A petición de la convocada se tuvieron en cuenta, conforme a su valor probatorio, los documentos aportados por la misma, el informe escrito rendido por el Director General de INVÍAS en los términos del artículo 195 del C.G.P., los documentos solicitados vía oficio a la convocante, los que esta misma exhibió en audiencia y la certificación expedida por el Juzgado 4 Laboral del Circuito de Cúcuta obtenida vía oficio.

A petición de la convocada fue librado oficio a la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, sin obtener respuesta. MAPFRE desistió de esta prueba en audiencia del 23 de abril de 2018.

Las partes expresaron su conformidad con las pruebas recaudadas, en audiencia del 23 de abril de 2018.

5. AUDIENCIA DE ALEGATOS

El 23 de mayo de 2018 se realizó la audiencia de alegatos, en la cual los apoderados de las partes y el agente del ministerio público hicieron sus respectivas exposiciones de manera oral y aportaron resúmenes escritos.

En las consideraciones de este laudo se harán las referencias pertinentes.

6. DURACIÓN DEL PROCESO

La primera audiencia de trámite terminó el 28 de febrero de 2018 y el proceso estuvo suspendido, a solicitud de las partes, en las siguientes fechas:

- Mediante Auto No. 10 dictado el 28 de febrero de 2018, se suspendió desde el 1 de marzo de 2018 hasta el 11 de abril de 2018, ambas fechas incluidas.
- Mediante Auto No. 13 dictado el 23 de abril de 2018, se suspendió desde el 24 de abril de 2018 hasta el 22 de mayo de 2018, ambas fechas incluidas.
- Mediante Auto No. 14 dictado el 23 de mayo de 2018, se suspendió desde el 24 de mayo de 2018 hasta el 25 de junio de 2018, ambas fechas incluidas.

En consideración a que las partes no estipularon plazo de duración del proceso diferente al legal, el laudo se dicta dentro del plazo de seis meses previsto en el artículo 10 de la Ley 1563 de 2012, al cual, en todo caso, se adicionan los días de suspensión, de acuerdo con el artículo 11 de la misma ley.

7. SÍNTESIS DE LA CONTROVERSIA

7.1. La demanda

Las pretensiones planteadas en la demanda y precisadas en su subsanación son las siguientes:

“1) Que se declare que entre el INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS, INVÍAS, y MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A., existió el contrato de seguro Póliza de Seguro de Infidelidad y Riesgos financieros No. 3402310000179 expedida el 7 de diciembre de 2010.

2) Que se declare la ocurrencia del siniestro ocurrido en razón del hurto de títulos judiciales por valor de mil cien millones de pesos (\$1.100.000.000) por parte de terceros mediante la falsificación de documentos, y que dicho siniestro se encuentra cubierto por el amparo de Falsedad de Documentos, de conformidad con las condiciones generales y particulares de la Póliza de Seguro de Infidelidad y Riesgos financieros No. 3402310000179, expedida por MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.

3) [Aclarado en la subsanación de la demanda] Que se condene a MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A., a pagar al Instituto Nacional de Vías - INVÍAS, la indemnización de conformidad con el contrato de Póliza de Seguro de Infidelidad y Riesgos Financieros No.3402310000179, en razón del hurto de títulos judiciales por valor de mil cien millones de pesos (\$1.100.000.000) por parte de terceros mediante la falsificación de documentos, que se encuentra cubierto por el amparo de [‘Falsedad de Documentos’, de conformidad con las condiciones generales y particulares de la Póliza de Seguro de Infidelidad y Riesgos Financieros No.3402310000179.

4) *Que se declare que MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A. incumplió la obligación de pagar la indemnización a que se obligó de conformidad con lo pactado en la Póliza de Seguro de Infidelidad y Riesgos financieros No. 3402310000179.*

5) [Aclarado en la subsanación de la demanda] *Que en consecuencia se ordene a MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A., a pagar a favor del Instituto Nacional de Vías -INVÍAS, la suma de mil cien millones de pesos (\$1.100.000.000.) M/CTE, la indemnización, a que hace referencia la pretensión tercera del libelo de demanda, por el siniestro ocurrido en razón del hurto de títulos judiciales por parte de terceros mediante falsificación de documentos.*

6) *Que en consecuencia se declare el reconocimiento y pago de los intereses moratorios correspondientes de que trata el artículo 1080 del Código de Comercio, desde la fecha en que se presentó la reclamación por parte de JARGU S.A. en su calidad de corredor de seguros del INSTITUTO NACIONAL DE VIAS — INVÍAS, hasta que se verifique el pago total de la deuda.*

7) *Que se condene a la parte demandada al pago de las costas del proceso, conforme lo disponga en la sentencia”.*

Las pretensiones se sustentan en los hechos que se sintetizan, en su esencia, a continuación, según fueron narrados en la demanda y aclarados en su subsanación.

A través del proceso de selección abreviada No. SA-MC-SGA-SA-046-2010, INVÍAS celebró contrato de seguro con MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A., en desarrollo del cual se expidió la Póliza de Infidelidad y Riesgos Financieros No. 3402310000179 el 7 de diciembre de 2010, con vigencia desde el 8 de diciembre de 2010 al 16 de abril de 2011, prorrogada del 18 de abril de 2011 al 21 de junio de 2011.

Según el hecho tercero, “*De conformidad con las Condiciones Generales y Particulares de la póliza de infidelidad y riesgos financieros No. 3402310000179, se encuentra amparada la ‘Falsificación de Títulos Valores y Otros Documentos’, definido este riesgo en las condiciones generales como: [] ‘Falsificación o alteración de, sobre o en cualquier cheque, giro, pagaré, aceptación bancaria o promesa*

similar escrita, orden o instrucción de pagar una suma cierta en dinero, hecha o girada por, o girada contra el asegurado, o hecha o girada por alguien que esté actuando como agente del asegurado, o que pretenda haber sido hechas o giradas como se dijo arriba, incluyendo: [] a) cualquier cheque o giro hecho o girado a nombre del asegurado, pagadero a un beneficiario ficticio y endosado a nombre de dicho beneficiario ficticio; [] b) cualquier cheque o giro obtenido en una transacción cara a cara con el asegurado o con alguien que esté actuando como agente del asegurado por cualquier persona que se esté haciendo pasar por otra, y hecho o girado pagadero a dicha persona suplantada y endosado por alguien más diferente de la persona suplantada; y [] c) cualquier cheque de nómina, giro de nómina u orden de pago de nómina hecho o girado por el asegurado, pagadero al portador al igual que al beneficiario nombrado, y endosado por alguien diferente al beneficiario sin autorización de dicho beneficiario. [] Para los efectos de este amparo, un facsímil reproducido mecánicamente de la firma se tratará de la misma manera como una firma manuscrita. (...)”.

Narra la parte actora (hecho cuarto) que “El 10 de marzo de 2011, en las oficinas de INVÍAS de la ciudad de Cúcuta se tuvo conocimiento por parte del señor ELIAS JAIMES FERNANDEZ, funcionario de la Entidad, de las presuntas irregularidades acaecidas en el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de la ciudad de Cúcuta, referentes a la presentación ante ese Despacho de un supuesto poder otorgado al abogado WILLIAM ALBERTO MÁRQUEZ PEREA como apoderado del INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS”. Se trataba de un poder falso con fecha de autenticación ante notaría el 10 de febrero de 2011, a través del cual INVÍAS supuestamente designaba a William Alberto Márquez Perea como su abogado para actuar en el proceso laboral número 277-2009 seguido por Luis Alberto Suárez Maldonado contra INVÍAS, que estaba archivado.

El abogado William Alberto Márquez Perea presentó ante el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta una solicitud en la que requería la entrega “de los Títulos Judiciales No. 451010000102492 del 16 de abril de 2004 y No. 451010000103325 del 18 de abril de 2004, los cuales reposaban en el mencionado Despacho a nombre del INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS”. El abogado acompañó su solicitud con una supuesta acta de posesión suya como Asesor Jurídico de la Oficina Asesora Jurídica de la Dirección General de INVÍAS, entre otros documentos.

El 10 de marzo de 2011, el Juzgado mencionado dictó un auto que *“accede a lo solicitado por el señor Representante Legal de la demandada INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS, Señor CARLOS ALBERTO ROSADO ZUÑÍGA, en cuanto a la entrega de los dineros al Señor apoderado Dr. WILLIAM ALBERTO MÁRQUEZ PEREA ...”* y dispuso la entrega de los títulos *“No. 451010000102492 de fecha Abril 22/04 por la suma de \$550.000.000 y D.J No. 451010000103325 de fecha Abril 18/04 por valor de \$550.000.000”*. Se expidió comunicación al Banco Agrario en la cual se ordenó el pago de los títulos al abogado Márquez Perea, quien tenía cuenta en la misma entidad, donde fue depositado el dinero y *“se alcanzó a realizar un retiro parcial en efectivo”*.

Fue formulada la respectiva denuncia penal y el abogado Márquez Perea se allanó a los cargos en su contra en audiencia del 26 de septiembre de 2012. El Juzgado Tercero Penal del Circuito de Cúcuta lo declaró responsable de *“Enriquecimiento Sin Causa de Particulares, en concurso con Fraude Procesal en perjuicio del Instituto Nacional de Vías, INVÍAS”*. El Juzgado Sexto Penal del Circuito de Cúcuta lo condenó por *“Falsedad Material en Documento Público, Uso de Documento Público Falso y Estafa Agravada”* y al pago de *“\$1.100.000.301”* más intereses a favor de INVÍAS.

Por los mismos hechos fue condenando también Eliecer Salvador Altamiranda Miranda, como autor de *“Estafa Agravada, Enriquecimiento Ilícito de Particulares y Cohecho por Dar y Recibir”*, además de habersele condenado al pago de \$1.100.000.000 correspondientes a los mismos depósitos judiciales, más intereses *“causados desde el 7 de mayo de 2012, fecha en que se apropiaron los dineros”*.

El corredor de seguros JARGU S.A. presentó ante MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A. reclamación por el siniestro el 10 de septiembre de 2012, con cargo a la Póliza de Infidelidad y Riesgos Financieros No. 3402310000179. A través de comunicaciones fechadas 16 de noviembre de 2012, 11 de enero de 2013, 16 de enero de 2013 y 7 de febrero de 2013, el corredor de seguros solicitó a MAPFRE resolver la reclamación y proceder al pago. En las citadas comunicaciones y en las conversaciones del corredor de seguros e INVÍAS con MAPFRE se ha dejado claro que el amparo invocado es *“falsificación de títulos valores y otros documentos”*.

MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A., en carta fechada 27 de febrero de 2013, expresó: *“Según comunicación D.I. No. 135274-2013 fechada 16 de Enero de 2013, de Jargu Corredores de Seguros, se señala que ‘el amparo de la póliza que se debe afectar NO es el de Deshonestidad de empleados’. Más adelante se precisa que el amparo a afectar es el de ‘Falsificación de Títulos Valores y Otros Documentos. En nuestro análisis de las coberturas contratadas frente a las circunstancias ocurridas encontramos que tales circunstancias no se enmarcan en tal cobertura, al no haberse presentado la Falsificación de un Título Valor”*.

La Póliza de Infidelidad y Riesgos Financieros cuenta con el amparo denominado *“Falsificación de Títulos Valores y Otros Documentos”*, definido en las Condiciones Generales, que incluye, no solo la falsificación de títulos valores, sino la de una *“orden o instrucción de pagar una suma cierta en dinero”*, como es *“la falsificación de un poder con el cual se da facultades para la reclamación y cobro de títulos judiciales”*.

El 7 de marzo de 2013, INVÍAS presentó solicitud de conciliación en la oficina del Procurador Judicial Delegado ante el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca. El 4 de junio de 2013 se realizó audiencia de conciliación, sin éxito, con lo cual *“se dio por agotado el requisito de procedibilidad exigido para acudir a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo ...”*.

En el escrito de subsanación de la demanda, INVÍAS puso de presente que del valor de los títulos judiciales se han recuperado \$96.114.584,91, por lo cual la cuantía de sus pretensiones es \$1.003.885.415,09.

7.2. Contestación de la demanda

MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A. admitió la existencia del contrato de seguro, pero se opuso a las pretensiones económicas, bajo el entendido de que no se ha demostrado la ocurrencia de un siniestro, entendido como la realización del riesgo asegurado, como tampoco por la cuantía indicada.

La demandada dio respuesta a los hechos en la forma que se resume a continuación.

MAPFRE aceptó que se adelantó el proceso de selección abreviada previo al contrato de seguro y aclaró que el mismo *“quedo sujeto a las condiciones técnicas básicas obligatorias redactadas unilateralmente por el INVÍAS”*.

En relación con el amparo de *“Falsificación de Títulos Valores y Otros Documentos”* transcrito en el hecho tercero de la demanda, MAPFRE expresó que es *“una estipulación contractual incorporada dentro de la póliza, pero advierto que el contrato de seguros habrá de interpretarse en su integridad”*.

La aseguradora manifestó no constarle los hechos relacionados con la falsificación del poder, su autenticación ante notario, las solicitudes hechas por el abogado Márquez Perea ante el Juzgado, las averiguaciones de INVÍAS al respecto y los procesos ante la jurisdicción penal, pero advierte que el ilícito fue cometido por el abogado Márquez Perea en complicidad con un funcionario del Juzgado, según lo infiere de las copias de los procesos penales relacionados, de manera que *“no solo se presentó un posible engaño al juzgado, sino que hubo la participación de algún funcionario de tal despacho”*, hecho *“sobre el cual la demandante guarda silencio, probablemente por la incidencia que tiene este hecho en demostrar la inexistencia de un siniestro”*.

Sobre la comunicación entregada por el corredor de seguros el 10 de septiembre de 2012, negó que sea una reclamación formal y la considera el aviso de siniestro. Anotó que esa comunicación no hace referencia a la cuantía de la reclamación o a los hechos que pudieran configurar el siniestro. En cuanto a las comunicaciones posteriores a la recién mencionada, negó que la del 16 de noviembre de 2012 constituyera reclamación formal; afirmó que la del 11 de enero de 2013 fue la que mencionó por primera vez que el amparo a afectar era el de falsificación de títulos valores y otros documentos; en la del 16 de enero de 2013 INVÍAS precisó que no pretendía afectar el amparo de deshonestidad de empleados y reiteró que el reclamo se presentaba bajo el de falsificación de títulos valores; y en la del 7 de febrero de 2013 insistió en el reconocimiento de la indemnización sin aportar información adicional.

MAPFRE considera que *“el asegurado no ha demostrado la ocurrencia de un siniestro y por tanto no hay una reclamación formal”* y, en la comunicación del 27 de

febrero de 2013 mencionada en la demanda, la aseguradora informó al asegurado que no se habían presentado pruebas para demostrar el siniestro.

Por último, reconoció que se adelantaron los trámites de conciliación ante la procuraduría, pero no era requisito de procedibilidad para acudir a la jurisdicción arbitral.

La convocada propuso las excepciones que denominó: “*GENÉRICA*”, “*PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DERIVADA DEL CONTRATO DE SEGUROS*”, “*CADUCIDAD*”, “*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN POR INEXISTENCIA DE SINIESTRO*”, “*PÉRDIDA DE DERECHO A LA INDEMNIZACIÓN*”, “*REDUCCIÓN DE LA SUMA A INDEMNIZAR*”, e “*INEXIGIBILIDAD DE LA OBLIGACION Y CONSECUENTE IMPROCEDENCIA PARA EL COBRO DE INTERESES MORATORIOS*”.

II. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1. PRESUPUESTOS PROCESALES

Se encuentran verificados los presupuestos para dictar el laudo, teniendo en cuenta el cumplimiento de los requisitos formales de la demanda, la participación en el proceso de sujetos capaces y debidamente representados y el carácter arbitrable de la controversia, de conformidad con la decisión que emitió el Tribunal sobre su propia competencia, sin objeción de las partes.

2. LA PRESCRIPCIÓN Y LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN

Antes de abordar el análisis de fondo de la controversia, es necesario exponer las consideraciones del Tribunal alrededor de la oportunidad de la acción. Se justifica este orden de proceder, ante la proposición de las excepciones de prescripción y caducidad, en cuanto, de llegar a encontrarse probada alguna de ellas, no habría lugar a análisis adicionales por parte del Tribunal en relación con la controversia.

Se exponen primero los argumentos de los cuales se vale la convocada para sustentar las excepciones de prescripción y caducidad, en el orden en que fueron

propuestas, por tener elementos comunes, luego de lo cual el Tribunal hará las consideraciones pertinentes.

2.1. La excepción de prescripción

Los fundamentos de esta excepción se resumen así:

- Según el hecho cuarto de la demanda, INVÍAS tuvo conocimiento del hipotético siniestro el 10 de marzo de 2011. Lo mismo dice la denuncia ante la Fiscalía. Por lo tanto, la prescripción operaría el 10 de marzo de 2013.
- La conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad no era obligatoria para iniciar este proceso, porque no la exige la Ley 1563 de 2012 y porque así lo señala el inciso segundo del artículo 613 del C.G.P.
- Cuando se presentó la demanda ante el contencioso, el 7 de junio de 2013, habían transcurrido más de dos años y dos meses desde el momento en que la demandante tuvo conocimiento del hecho que da base a la acción.
- Si se llegara a sostener que el trámite conciliatorio suspendió el término de prescripción se tendría que, conforme al artículo 3 del Decreto 1716 de 2009, habiéndose radicado la solicitud de conciliación el 7 de marzo de 2013 (faltando tres días para que se produjera la prescripción), y reanudado el conteo el 4 de junio de 2013 (día de expedición de la constancia de no conciliación), los días que faltaban para que se produjera la prescripción corrieron el 4, 5 y 6 de junio de 2013, de manera que la demanda radicada el 7 de junio de 2013 fue presentada cuando ya había operado la prescripción.
- Si se sostuviera que el contrato, no obstante ser estatal, se rige por las normas del derecho privado, se llegaría a la misma conclusión con base en el artículo 21 de la Ley 640 de 2001.

En el alegato de conclusión, MAPFRE reiteró los argumentos expuestos al proponer la excepción.

INVÍAS, al pronunciarse sobre la excepción a través de memorial radicado el 22 de diciembre de 2017, expresó que *“Como es de conocimiento de la aquí demandada, el INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS- INVÍAS, tuvo conocimiento de los hechos que son objeto de controversia contractual el día 10 de marzo de 2011 (...)”* (subrayado del texto original), y convocó a conciliación extrajudicial que se declaró fallida el 4 de junio de 2013, por lo cual la reanudación del término de prescripción fue el día siguiente, es decir, el 5 de junio de 2013, no el 4 de junio que toma en cuenta la demandada. Por lo tanto, en su opinión, la demanda presentada ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo el 7 de junio de 2013 fue oportuna.

En el documento elaborado por los corredores de seguros aportado por INVÍAS para servir de apoyo a sus alegaciones finales se expresa que el término de prescripción debe contarse a partir del momento en que el asegurado tuvo conocimiento del siniestro, el 17 de marzo de 2011.

La representante del ministerio público en el proceso conceptuó, también, que el término de prescripción se debe contar desde el 17 de marzo de 2011 y debe tomarse en cuenta la suspensión del conteo con ocasión de la solicitud de conciliación prejudicial pues, aunque no fuera obligatoria en este caso, *“si la parte considera procedente el agotamiento de esta etapa, se debe dar aplicación a lo establecido en la ley 640 de 2001 en concordancia con el artículo 2.2.4.3.1.1.3. del Decreto 1069 de 2015, toda vez que presentada la petición de conciliación el término de prescripción y caducidad se interrumpe hasta que se lleve a cabo la audiencia, sin que supere el término de 3 meses”*.

2.2. La excepción de caducidad

Se propuso en los siguientes términos:

“Por las mismas razones expuestas en el numeral precedente [se refiere a lo expuesto al proponer la excepción de prescripción], propongo la excepción de caducidad de la acción contractual, por haber transcurrido más de dos años desde el supuesto incumplimiento, todo de conformidad con el art. 164, numeral 2°, literal j del C.P.A.C.A. Lo anterior si se sostuviera que el presente trámite arbitral debe

regirse por las normas procesales que regulan el contrato que sirve de fundamento al petitum de la demanda”.

INVÍAS se opuso a la excepción, reiterando los términos en que lo hizo frente a la prescripción.

La agente del ministerio público consideró que, por tratarse de un contrato de tracto sucesivo, debe ser objeto de liquidación en los términos del artículo 60 de la Ley 80 de 1993, de manera que si la vigencia del seguro expiró el 21 de junio de 2011, el término de caducidad se habría cumplido el 21 de octubre de 2013, mientras que la demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo fue presentada el 7 de junio de 2013.

2.3. Consideraciones del Tribunal

El Tribunal se ocupa primero de la excepción de caducidad, pues por naturaleza ataca la pretensión desde su origen.

2.3.1. Sobre la caducidad

Para tomar una posición sobre una eventual caducidad de la acción contractual derivada del negocio de seguro celebrado entre la convocante y la convocada, el Tribunal debe definir si dicho contrato puede ser calificado como estatal en los términos del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, a fin de concluir si las normas procesales de carácter administrativo le resultan aplicables; en este caso, si el negocio jurídico, celebrado por una entidad pública como el Instituto Nacional de Vías (INVÍAS), está incluido, o no, dentro de la categoría antes referida.

Considerando la amplia definición de contratos estatales que estructuró el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública en su artículo 32, se encuentra que los seguros que contraten las entidades estatales se regirán por las normas generales de contratación que prevé dicho estatuto¹, a menos que se trate

¹ Como lo reconoce Juan Manuel Díaz Granados en su obra Los Seguros en el Nuevo Régimen de Contratación Administrativa”. Colombo. 1995. Página 23.

de los contratos celebrados por la compañías de seguros y las entidades financieras de carácter estatal dentro del giro ordinario de su objeto social, tal y como lo dispone el parágrafo primero del mismo artículo 32 de la Ley 80 de 1993. A esta misma conclusión llega la demandada, quien propuso la excepción de caducidad de la acción contractual prevista en ordinal J del numeral 2º del artículo 164 del C.P.A.C.A., cuando afirma que el contrato analizado *“bien puede calificarse como contrato estatal, el mismo se rige por las normas de Código de Comercio y sólo en algunos precisos aspectos por la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007 y demás normas concordantes”*.

En este sentido, el contrato de seguro celebrado por INVÍAS con MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A. (MAPFRE), a través del proceso de selección abreviada No. SA-MC-SGA-SA-046-2010 y la consecuente adquisición de la póliza de Infidelidad de Riesgos Financieros No. 3402310000179, en efecto puede ser calificado como un contrato estatal. De manera que, sin perjuicio de lo que adelante se expondrá en materia de prescripción, se habilita la posibilidad de estudiar para este caso las reglas procesales de carácter administrativo, tal y como lo es el término de caducidad para presentar la demanda propuesto como excepción por la parte convocada y que se refirió al ordinal j del numeral 2 del artículo 164 del C.P.A.C.A.. Dicho precepto establece lo siguiente:

“Art. 164. La demanda deberá ser presentada: (...)

2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad: (...)

j) En las relativas a contratos el término para demandar será de dos (2) años que se contarán a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento. (...)

En los siguientes contratos, el término de dos (2) años se contará así:

i) En los de ejecución instantánea desde el día siguiente a cuando se cumplió o debió cumplirse el objeto del contrato;

ii) En los que no requieran de liquidación, desde el día siguiente al de la terminación del contrato por cualquier causa;

iii) En los que requieran de liquidación y esta sea efectuada de común acuerdo por las partes, desde el día siguiente al de la firma del acta;

iv) En los que requieran de liquidación y esta sea efectuada unilateralmente por la administración, desde el día siguiente al de la ejecutoria del acto administrativo que la apruebe;

v) En los que requieran de liquidación y esta no se logre por mutuo acuerdo o no se practique por la administración unilateralmente, una vez cumplido el término de dos (2) meses contados a partir del vencimiento del plazo convenido para hacerlo bilateralmente o, en su defecto, del término de los cuatro (4) meses siguientes a la terminación del contrato o la expedición del acto que lo ordene o del acuerdo que la disponga”.

No obstante, el Tribunal observa que la norma de caducidad de la acción vigente en la fecha del evento que marca el inicio del conteo era la del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo (modificado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998)², ya que el C.P.A.C.A. entró a regir con posterioridad, el 2 de julio de 2012 (C.P.A.C.A., art. 308), sin perjuicio de que la conclusión frente a la oportunidad del ejercicio de la acción sea la misma, todo lo cual pasa a explicarse.

Está demostrado que la vigencia de la póliza terminaba a la hora 24:00 del 21 de junio de 2011³, por lo cual, siguiendo lo previsto en el numeral 6.28. del pliego de condiciones⁴, titulado “*LIQUIDACIÓN FINAL DEL CONTRATO*”, el contrato debía liquidarse de acuerdo con lo establecido en el artículo 60 de la Ley 80 de 1993. Según el pliego de condiciones, “*El término para la liquidación del contrato iniciará a contabilizarse a partir de la fecha de terminación del contrato o vencimiento del contrato*”.

De acuerdo con el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, la liquidación debía hacerse, a falta de término estipulado en los pliegos o en el contrato, “*dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la expiración del término previsto para la ejecución del contrato ...*”. Por lo tanto, en el presente caso, a falta de estipulación de plazo de

² El Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, se pronunció en relación con la aplicación de la norma vigente al momento de inicio del conteo del plazo de caducidad, en providencia del 20 de septiembre de 2017 (Rad: 08001-23-33-000-2014-01083-01(58570), Ponente: Martha Nubia Velázquez Rico), en la cual, con apoyo en decisión precedente, consideró: “*La demanda se presentó el 12 de septiembre de 2014, esto es, en vigencia de la Ley 1437 de 2011, por lo que las normas procesales aplicables al sub examine son las contenidas en ese cuerpo normativo. No obstante, para efectos del conteo de la caducidad y en vista de que dicho término empezó a correr en vigencia del Decreto 01 de 1984 -tal y como se verá más adelante-, se tendrán en cuenta las disposiciones del CCA y no las del CPACA*”.

³ Según consta en el certificado de prórroga de la póliza del folio 12 del cuaderno de pruebas No. 1.

⁴ Folio 31 -reverso- del cuaderno de pruebas No. 2.

liquidación, aplica el de cuatro meses previsto en la ley, que se cuenta, según los pliegos y la ley, desde la expiración el término de vigencia de la póliza, esto es, a partir del 21 de junio de 2011, por cuatro meses, hasta el 21 de octubre de 2011.

Según el literal d. del numeral 10 del artículo 136 del C.C.A., la caducidad de la acción contractual era *“dos (2) años que se contará a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento”*, con la anotación a continuación en el sentido de que *“En los siguientes contratos, el término de caducidad se contará así: (...) d) En los que requieran de liquidación y ésta sea efectuada unilateralmente por la administración, a más tardar dentro de los dos (2) años, contados desde la ejecutoria del acto que la apruebe. Si la administración no lo liquidare durante los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido por las partes o, en su defecto del establecido por la ley, el interesado podrá acudir a la jurisdicción para obtener la liquidación en sede judicial a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar (...)”*.

Así las cosas, no realizada la liquidación bilateral el 21 de octubre de 2011, la administración tenía plazo para liquidar el contrato de forma unilateral por dos meses, hasta el 21 de diciembre de 2011, y esta fecha marca el inicio del conteo del plazo de caducidad, siendo anterior a la entrada en vigencia del C.P.A.C.A.

En consecuencia, el plazo máximo, de acuerdo con el C.C.A., para ejercer la acción contractual, de *“dos (2) años siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar”*, se cumplieron el 21 de diciembre de 2013, con posterioridad a la presentación de la demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo que, como pacíficamente lo han admitido las partes⁵, fue el 7 de junio de 2013.

Al mismo resultado se llega dando aplicación a la norma del C.P.A.C.A. invocada al proponer la excepción, pues el ser un contrato objeto de liquidación ubica el presente caso en la hipótesis del punto v) del literal j) del numeral 2 del artículo 164 del C.P.A.C.A., de manera que, vencido el amparo de la póliza a la hora 24:00 del

⁵ Así lo afirma la demandada al proponer la excepción de prescripción (numeral 2.6., literal e., folio 365 del cuaderno principal No. 1), como también la demandante (memorial radicado el 22 de diciembre de 2013 en el cual se pronunció sobre las excepciones, folio 393 del cuaderno principal No. 1).

21 de junio de 2011, el plazo para la liquidación bilateral -cuatro meses- se habría vencido igualmente el 21 de octubre de 2011 y los dos meses adicionales de que trata la norma irían hasta el 21 de diciembre del mismo año, por lo cual el plazo de caducidad bajo esta hipótesis se extendería también hasta el 21 de diciembre de 2013.

Pero aún más, la aplicación de cualquiera de las fórmulas planteadas en el artículo 136 del C.C.A. (modificado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998) o en el artículo 164 del C.P.A.C.A. lleva a que al momento de la presentación de la demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, el 7 de junio de 2013, aún no había operado el término de caducidad de dos años. En efecto, bajo la fórmula más estricta planteada para el conteo del término de caducidad de la acción, es decir, la que inicia *“a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento”*, que para este caso sería la ocurrencia del siniestro -10 de marzo de 2011- (ordinal j, numeral 2º art. 164 del C.P.A.C.A., esgrimido por la Convocada), resulta que los dos años contados *“a partir del día siguiente”* a esa fecha no habrían transcurrido para el 7 de junio de 2013, si se tiene en cuenta la suspensión del término de caducidad que se produjo como consecuencia de la presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial, como pasa a explicarse.

Partiendo del 10 de marzo de 2011 como fecha de ocurrencia de los motivos que fundamentan la acción, y contado el término *“a partir del día siguiente”* como lo dispone la norma de en cuestión (tanto del C.C.A. como del C.P.A.C.A.), en principio la caducidad se produciría el 11 de marzo del año 2013⁶, antes de presentada la demanda (el 7 de junio de 2013). Sin embargo, igualmente aparece probado en el proceso (i) que INVÍAS presentó solicitud de conciliación ante la Procuraduría General de la Nación el 7 de marzo de 2013, (ii) que el 4 de junio de ese mismo año se expidió la constancia en la que se dio cuenta de que la Conciliación resultó fallida y (iii) que la demanda fue presentada inicialmente ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo el día 7 siguiente.

⁶ En cualquier caso, si la caducidad se contara hasta el 10 de marzo de 2013, tendría que extenderse hasta el 11 de marzo de ese año, debido a que el 10 de marzo -domingo- fue vacante (art. 62 Ley 4 de 1913).

El artículo 21 de la Ley 640 de 2001 dispone que *“La presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial en derecho ante el conciliador suspende el término de prescripción o de caducidad, según el caso, hasta que se logre el acuerdo conciliatorio o hasta que el acta de conciliación se haya registrado en los casos en que este trámite sea exigido por la ley o hasta que se expidan las constancias a que se refiere el artículo 2o. de la presente ley o hasta que se venza el término de tres (3) meses a que se refiere el artículo anterior, lo que ocurra primero. Esta suspensión operará por una sola vez y será improrrogable”*.

De la simple lectura de la norma transcrita, en concordancia con el artículo 2.2.4.3.1.1.3 del decreto 1069 de 2.015, se desprende, sin distingo o excepción alguna, que la presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial ante los correspondientes conciliadores suspende los términos de prescripción o de caducidad de las acciones, lo que se traduce en el presente caso en la suspensión desde el 7 de marzo de 2013, fecha de presentación de la solicitud.

Por el otro extremo, la misma norma señala que la suspensión tiene efecto, según se dé el caso, *“hasta”* que se expidan las constancias a que se refiere el artículo 2 de la Ley 640 de 2001, como ocurrió en el asunto examinado, en donde el 4 de junio de 2013 se expidió constancia de no conciliación (folio 3 del cuaderno de pruebas No. 1). Por lo tanto, la suspensión se toma *“hasta”* esa fecha.

Según lo anterior, el término estuvo suspendido los días 7, 8, y 11 de marzo de 2013 (día en que inicialmente caducaría la acción) -los días 9 y 10 de marzo fueron vacantes-, y hasta el 4 de junio de 2013, de manera que, reanudado el conteo el 5 de junio de 2013, habría que agregar los tres días en que estuvo suspendido el término antes de que venciera el plazo de caducidad, vale reiterar, los días 7, 8 y 11 de marzo de 2013.

Así las cosas, el término faltante para la caducidad al momento de presentarse la solicitud de conciliación extrajudicial, de tres días, corrió los días 5, 6 y 7 de junio de 2013, fecha esta última en que fue presentada la demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Ahora bien, al margen de que la conciliación extrajudicial constituya o no requisito de procedibilidad, la presentación de la solicitud en tal sentido suspende el término,

pues, como lo indica el principio general de interpretación de la ley acogido en múltiples fallos por nuestra Corte Constitucional, donde la ley no distingue no le es dable hacerlo al intérprete y, según se dijo, la norma no contiene distinción alguna sobre el particular.

Las normas legales antes referidas regulan la conciliación como mecanismo de solución de controversias y no exclusivamente como requisito de procedibilidad en algunas ocasiones. Por eso, concluye el Tribunal que, aunque se esté en presencia de un caso que deba ser resuelto en sede arbitral, tienen aplicación aquellas normas. Así pues, la presentación de solicitud de conciliación extrajudicial suspende el término de prescripción o de caducidad, según los casos, aunque, como en el caso que ocupa la atención del Tribunal, dicha conciliación no sea requisito de procedibilidad.

Y el fundamento de tal conclusión es claro: si la prescripción y la caducidad basan sus efectos en la inactividad del interesado, es indudable que una solicitud como la que se comenta pone en evidencia todo lo contrario, independientemente de que la conciliación sea o no requisito de procedibilidad.

Por último, cabe destacar que de conformidad con la ley (art. 95 C.G.P.), no se considera interrumpida la prescripción y opera la caducidad en distintos eventos, entre ellos, si el proceso termina por haber prosperado la excepción de compromiso o cláusula compromisoria, salvo que se promueva el respectivo proceso arbitral dentro de los veinte días hábiles siguientes a la ejecutoria del auto que de por terminado el respectivo proceso. En el caso bajo examen la convocada, quien tiene la carga de la prueba de los hechos constitutivos de sus excepciones, no ha siquiera afirmado que la presentación de la demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo sea ineficaz para interrumpir la prescripción o evitar la caducidad por darse alguno de los eventos previstos en el artículo 95 del C.G.P., especialmente, el relativo a la existencia de cláusula compromisoria, razón suficiente, a criterio del Tribunal, para reiterar su conclusión en cuanto a la inoperancia de la caducidad.

Así pues, la demanda de INVÍAS contra MAPFRE presentada ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo el 7 de junio de 2013 impidió que se produjera la caducidad, razón por la cual se negará la excepción propuesta por la parte convocada en este sentido.

2.3.2. Sobre la prescripción

El Código Civil define la prescripción como ***“un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones o derechos ajenos, por haberse poseído las cosas y no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto lapso de tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales. Se prescribe una acción o derecho cuando se extingue por la prescripción.” (Art. 2512).***

Este artículo regula entonces tanto la prescripción adquisitiva de un derecho como la prescripción extintiva de una acción, que tienen en común algunos elementos esenciales para su consolidación, a saber: el trascurso del tiempo señalado en la ley y la falta de actividad de aquel contra quien se prescribe.

En otras palabras, los derechos y las acciones se extinguen por su falta de ejercicio dentro de los términos o plazos señalados en la legislación.

Desde la perspectiva extintiva, el artículo 2535 del Código Civil, precisa que ***“La prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos exige solamente cierto lapso de tiempo durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones. (...)”***

Precisamente, en cuanto a los derechos y las acciones que surgen del contrato de seguro, el Código de Comercio regula unos términos particulares para la ocurrencia de la prescripción.

En efecto, el artículo 1081 del Código de Comercio, señala:

“La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria.

La prescripción ordinaria será de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción.

La prescripción extraordinaria será de cinco años, correrá contra toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho.

Estos términos no pueden ser modificados por las partes”.

Bajo estos parámetros, cabe rememorar que en la demanda presentada por la parte convocante en la Cámara de Comercio de Bogotá, el 18 de julio de 2014, punto CUARTO de los hechos, se lee: *“El 10 de marzo de 2011, en las Oficinas de INVÍAS, de la Ciudad de Cúcuta, se tuvo conocimiento por parte del señor ELÍAS JAIMES FERNÁNDEZ, Funcionario de la Entidad, de las presuntas irregulares acaecidas...”*.

Adicionalmente, en el punto DÉCIMO OCTAVO de la misma demanda se alude que se condenó al abogado Márquez a pagar a INVÍAS la suma de \$1.100.000.301, por concepto de lucro cesante, los intereses moratorios causados desde el 10 de marzo de 2011, fecha en que se apropió de los dineros.

Como también se anotó previamente, INVÍAS, al pronunciarse sobre la excepción de prescripción, expresó: *“Como es de conocimiento de la aquí demandada, el **INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS- INVÍAS**, tuvo conocimiento de los hechos que son objeto de controversia contractual el día 10 de marzo de 2011 ...”*⁷ (subrayado del texto original),

En la denuncia penal correspondiente a la noticia criminal 540016001131201101162, documento aportado por INVÍAS (folio 66 del cuaderno de pruebas No. 1), el apoderado de INVÍAS en dicho trámite anunció como hecho primero: *“El pasado 10 de marzo de 2011, en las oficinas del INVÍAS de la ciudad de Cúcuta se tuvo conocimiento por parte del señor ELIAS JAIMES FERNÁNDEZ, funcionario de la Entidad, de las presuntas irregularidades acaecidas...”*.

En forma coincidente, aparece la comunicación del 18 de diciembre del año 2012 (folio 122 del Cuaderno de Pruebas No. 2) a través de la cual JARGÚ Corredores de Seguros afirma que la entidad pública conoció la pérdida el 10 de marzo de 2011 y advirtió que la indemnización prescribiría el 10 de marzo de 2013.

⁷ Folio 392 del cuaderno principal No. 1.

Así mismo, en la comunicación de 30 de enero de 2013, (folio 156 del cuaderno de pruebas No. 2), la empresa corredora reitera que la prescripción vence el 10 de marzo de 2013, circunstancia que es recordada nuevamente por ella en carta de 20 de febrero de 2013 (folio 162 del mismo cuaderno).

De esta manera, resulta entonces incontrovertible que el 10 de marzo de 2011 la entidad convocante, en su condición de asegurada con la póliza que apoya esta demanda, se enteró de los hechos que originaron esta controversia, contrario a lo afirmado en otros documentos que obran en el expediente y que señalan como fecha de conocimiento de dichos hechos el 17 del mismo mes. Por tanto, será el 10 de marzo de 2011 la fecha que tomará el Tribunal como la de inicio del cómputo del término de prescripción extintiva de las acciones derivadas del contrato de seguro objeto de este arbitraje, lo cual significa que la prescripción ordinaria se cumpliría, en principio, el 10 de marzo de 2013, día domingo, que, como se adelantó al tratar el tema de caducidad de la acción, por ser vacante, conduce a aplicar el artículo 62 de la Ley 4 de 1913 (sobre régimen político y municipal), de conformidad con el cual *“En los plazos de días que se señalen en las leyes y actos oficiales, se entienden suprimidos los feriados y de vacantes, a menos de expresarse lo contrario. Los de meses y años se computan según el calendario; pero si el último día fuere feriado o de vacante, se extenderá el plazo hasta el primer día hábil”*, norma concordante con el artículo 829 del Código de Comercio, numeral tercero, según el cual *“En los plazos de horas, días, meses y años, se seguirán las reglas que a continuación se expresan: (...) 3) Cuando el plazo sea de meses o de años, su vencimiento tendrá lugar el mismo día del correspondiente mes o año; si éste no tiene tal fecha, expirará en el último día del respectivo mes o año. El plazo que venza en día feriado se prorrogará hasta el día siguiente. El día de vencimiento será hábil hasta las seis de la tarde”*. En consecuencia, el plazo se extendería hasta el 11 de marzo de 2013, primer día hábil siguiente al 10 de marzo de 2013.

Ahora bien, como se explicó con suficiencia al tratar sobre la caducidad de la acción, con ocasión de la solicitud de conciliación extrajudicial se suspendió el término, tanto de caducidad como de prescripción, desde el 7 de marzo y hasta el 4 de junio de 2013, en forma tal que estando suspendido el conteo los días 7, 8, y 11 de marzo (día en que inicialmente vencería la prescripción) -9 y 10 de marzo de 2013 fueron vacantes-, deben sumarse estos tres días a partir de la reanudación del término, que se produce desde el día siguiente al de expedición de la constancia de no

conciliación (fecha el 4 de junio de 2013), es decir, el 5 de junio de 2013 se reanudó el conteo por tres días, que fueron 5, 6 y 7 de junio de dicho año. Lo anterior significa que los dos años del término prescriptivo regulado por el artículo 1081 del Código de Comercio se habrían consolidado el 7 de junio de 2013, fecha en la cual INVÍAS precisamente presentó su demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, lo que determina que no haya ocurrido el fenómeno prescriptivo alegado por la parte convocada, por lo que forzoso es concluir que se debe despachar desfavorablemente la excepción de prescripción derivada del contrato de seguro presentada, como en efecto se declarará en la parte resolutive del laudo.

Pero hay más. Consta en el expediente (folios 88 y 89 del cuaderno de pruebas No. 1) que los días 16 y 19 de noviembre de 2012, INVÍAS, por conducto JARGÚ Corredores de Seguros, se dirigió a MAPFRE para insistir en su solicitud de atención a lo que a su juicio fue el siniestro objeto de este proceso. Para el Tribunal, tales comunicaciones pueden ser consideradas como requerimiento escrito dirigido al deudor, lo cual, según la disposición contenida en el inciso 5º del artículo 94 del Código General del Proceso, vigente en esas fechas, habría interrumpido la prescripción, lo que llevaría, con mayor razón a desestimar la excepción que se analiza. Pero aún sin lo anterior, y como quedó suficientemente explicado, el Tribunal considera que el 7 de junio de 2013 no había operado la prescripción, como lo propuso la parte Convocada.

Por último, al igual que en las consideraciones que hizo el Tribunal en relación con la caducidad de la acción, cabe destacar que la convocada, quien tiene la carga de la prueba de los hechos constitutivos de sus excepciones, no ha siquiera sugerido que la demanda interpuesta en la jurisdicción de lo contencioso administrativo no tenga aptitud para interrumpir la prescripción e impedir la caducidad por alguno de los eventos previstos en el artículo 95 del C.G.P., especialmente, que la convocatoria para iniciar este trámite arbitral hubiera sido presentada ante la Cámara de Comercio de Bogotá después de transcurridos 20 días hábiles luego de la ejecutoria de la providencia que puso fin al proceso originalmente intentado ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, de manera que no hay razón para dudar que la demanda radicada el 7 de junio de 2013 interrumpió la prescripción.

3. LA INDEMNIZACIÓN RECLAMADA EN LA DEMANDA

3.1. El amparo invocado por INVÍAS

El amparo de la póliza de seguro invocado por INVÍAS para reclamar la indemnización en este proceso es, de acuerdo con el hecho tercero de la demanda, el de *“Falsificación de Títulos Valores y Otros Documentos”*⁸ como se define en las condiciones generales de la póliza, a cuyo tenor:

“LA COMPAÑÍA SERÁ RESPONSABLE POR PÉRDIDAS DIRECTAS CAUSADAS POR FALSIFICACIÓN O ALTERACIÓN DE, SOBRE O EN CUALQUIER CHEQUE, GIRO, PAGARÉ, ACEPTACIÓN BANCARIA O PROMESA SIMILAR ESCRITA, ORDEN O INSTRUCCIÓN DE PAGAR UNA SUMA CIERTA EN DINERO, HECHA O GIRADA POR, O GIRADA CONTRA EL ASEGURADO, O HECHA O GIRADA POR ALGUIEN QUE ESTÉ ACTUANDO COMO AGENTE DEL ASEGURADO, O QUE PRETENDAN HABER SIDO HECHAS O GIRADAS COMO SE DIJO ARRIBA, INCLUYENDO:

- A) CUALQUIER CHEQUE O GIRO HECHO O GIRADO A NOMBRE DEL ASEGURADO, PAGADERO A UN BENEFICIARIO FICTICIO Y ENDOSADO A NOMBRE DE DICHO BENEFICIARIO FICTICIO;*
- B) CUALQUIER CHEQUE O GIRO OBTENIDO EN UNA TRANSACCIÓN CARA A CARA CON EL ASEGURADO O CON ALGUIEN QUE ESTÉ ACTUANDO COMO AGENTE DEL ASEGURADO POR CUALQUIER PERSONA QUE SE ESTÉ HACIENDO PASAR POR OTRA, Y HECHO O GIRADO PAGADERO A DICHA PERSONA SUPLANTADA Y ENDOSADO POR ALGUIEN MÁS DIFERENTE DE LA PERSONA SUPLANTADA; y*
- C) CUALQUIER CHEQUE DE NÓMINA, GIRO DE NÓMINA U ORDEN DE PAGO DE NÓMINA HECHO O GIRADO POR EL ASEGURADO, PAGADERO AL PORTADOR AL IGUAL QUE AL BENEFICIARIO*

⁸ El amparo cuarto de las condiciones generales de la póliza, aportadas por MAPFRE (folio 113 del cuaderno de pruebas No. 1), se titula, en realidad, *“FALSIFICACIÓN DE CHEQUES Y OTROS DOCUMENTOS”*.

NOMBRADO, Y ENDOSADO POR ALGUIEN DIFERENTE DEL BENEFICIARIO SIN AUTORIZACIÓN DE DICHO BENEFICIARIO.

PARA LOS EFECTOS DE ESTE AMPARO, UN FACSIMIL REPRODUCIDO MECÁNICAMENTE DE LA FIRMA SE TRATARÁ DE LA MISMA MANERA COMO UNA FIRMA MANUSCRITA.

SI EL ASEGURADO, O EL BANCO DONDE EL ASEGURADO REALIZA REGULARMENTE SUS DEPÓSITOS, A SOLICITUD DEL ASEGURADO, REHUSA EL PAGO DE CUALQUIERA DE LOS ANTERIORES INSTRUMENTOS HECHOS O GIRADOS COMO SE ESTABLECIÓ ARRIBA, ALEGANDO QUE TALES INSTRUMENTOS SON FALSIFICADOS O ALTERADOS, Y SI TAL RECHAZO RESULTARE EN PLEITO EN CONTRA DEL ASEGURADO, O EL BANCO PARA OBLIGAR AL PAGO, Y SI LA COMPAÑÍA TUVIERA QUE DAR SU CONSENTIMIENTO ESCRITO PARA LA DEFENSA DEL PLEITO, ENTONCES CUALQUIER SUMA DE HONORARIOS RAZONABLES DE ABOGADOS, COSTOS JUDICIALES O GASTOS LEGALES SIMILARES EN QUE SE HAYA INCURRIDO Y HAYAN SIDO PAGADOS POR EL ASEGURADO O EL BANCO EN LA DEFENSA, SERÁN CONSIDERADOS COMO UNA PÉRDIDA BAJO ESTE AMPARO, Y LA RESPONSABILIDAD DE LA COMPAÑÍA PARA TAL PÉRDIDA ESTARÁ EN ADICIÓN SOBRE CUALQUIER OTRA RESPONSABILIDAD CUBIERTA BAJO ESTE AMPARO.

SI, A SOLICITUD DEL ASEGURADO, LA COMPAÑÍA RENUNCIA A CUALQUIER DERECHO QUE ELLA PUDIERA TENER EN CONTRA DEL BANCO SOBRE EL CUAL SE GIRÓ EL INSTRUMENTO, EL ASEGURADO Y EL BANCO DEBERÁN ASIGNAR A LA COMPAÑÍA TODOS LOS DEMÁS DERECHOS EN CONTRA DE CUALQUIER OTRA PERSONA, FIRMA O CORPORACIÓN”.

La demandante alega que los sucesos ocurridos en el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta están cubiertos por este amparo, ya que cubre la falsificación, no solo de títulos valores, sino de la “orden o instrucción de pagar una suma cierta en dinero”, como sería el poder falsificado.

En el alegato, INVÍAS reiteró que lo sucedido es un riesgo amparado, además de causar detrimento patrimonial al Instituto puesto que tenía interés asegurable en los recursos que se encontraban a órdenes del Juzgado Laboral.

Por otro lado, anotó que, contrario a lo que ha propuesto MAPFRE, no son excluyentes los amparos de *“Falsificación de Títulos Valores y Otros Documentos”* y de *“Protección de Depósitos Bancarios”*, sino que se complementan *“dado que la primera cubre en casos como el que nos ocupa (pérdida directa causada por falsificación de orden o instrucción de pagar una suma cierta en dinero), al paso que la segunda se creó para proteger las posibles pérdidas de dinero que el asegurado tenga depositado en su cuentas corrientes o de ahorro en entidades bancarias o financieras”*, además de haberse establecido en el contrato que en caso de discrepancia entre dos o más amparos prima lo que el asegurado determine según su conveniencia.

La opinión del corredor de seguros traída por el apoderado de INVÍAS en su alegato de conclusión reitera los mismos argumentos recién explicados y agrega que en las definiciones del contrato se encuentra el significado de la palabra “propiedad”, del que resalta que incluye *“TODAS LAS DEMÁS FORMAS DE TÍTULOS VALORES ... TODOS LOS DEMÁS INSTRUMENTOS NEGOCIABLES Y NO NEGOCIABLES ... Y OTROS DOCUMENTOS VALIOSOS”*.

3.2. La oposición de MAPFRE

Para MAPFRE, según la contestación de la demanda y el alegato de conclusión, no proceden las pretensiones de la demanda pues, en su concepto, no se configura el siniestro como fue definido contractualmente.

La Convocada propuso como excepción la que denominó *“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN POR INEXISTENCIA DE SINIESTRO”*, en la medida en que, en su sentir (i) *“Los depósitos realizados estaban a órdenes del juzgado y solo este podía disponer de ellos”*; (ii) *“Los usuarios de la rama jurisdiccional no tienen acceso a las cuentas de depósitos judiciales que son controladas únicamente por los respectivos despachos”*; (iii) *“No se produjo ninguna falsificación de un título valor emitido o endosado por el INVÍAS”*; (vi) *“A INVÍAS no le era posible dar órdenes al BANCO*

AGRARIO o mediante su firma disponer de los títulos”; (v) “Dentro de los títulos valores, a los cuales se otorgó protección, no se contemplaron los depósitos judiciales” y (vi) “Por tanto, quien sufre la pérdida es el banco o la rama jurisdiccional del poder público”. Afirmó, además, que “los depósitos judiciales no fueron emitidos por el INVÍAS ni corresponden a cuentas corrientes o de ahorros manejadas por esta entidad”.

Para alcanzar esta conclusión, alegó que las Condiciones Técnicas Básicas Obligatorias discrepan de las estipulaciones contenidas en las Condiciones Generales de la Póliza de Seguro de Infidelidad y Riesgos Financieros No. 3402310000179, y que las primeras, por expresa estipulación de las partes, prevalecen sobre cualquier otra condición general del contrato de seguro.

Para MAPFRE, según lo expresado en su alegato, la cobertura definida en las condiciones técnicas y en las condiciones particulares es la única acordada por las partes, pero aun aceptando en gracia de la discusión el amparo invocado en la demanda, se tendría que no está cubierta la falsificación de poderes ni se da alguno de los tres eventos enunciados en el amparo. En últimas, expresó que *“La aseguradora que represento en ninguna de las dos cláusulas está otorgando cobertura por pérdidas originadas en un delito de estafa en el que se utilizó la falsificación de una firma en un poder”*.

3.3. Concepto del ministerio público en relación con la cobertura de la póliza

La agente del ministerio público resaltó en su concepto que la póliza tenía como objeto amparar el patrimonio de INVÍAS por pérdidas *“a los bienes propios por los cuales el INVÍAS sea responsable” y “a consecuencias de los riesgos a que está expuesta la entidad en el giro normal de su actividad”*, premisas bajo las cuales consideró que *“A partir de este objeto se evidencia que la naturaleza de la póliza es amparar el patrimonio de la entidad, ante por ejemplo pérdidas causadas como en el presente caso por terceros, no obstante, el INVÍAS debe ser responsable de éstos al momento del siniestro, razón por la cual a prima facie se observa que los hechos sucedidos el 10 de marzo de 2011 no se encontraban amparados por la póliza mencionada ... debido a que al momento de efectuarse el depósito, el banco Agrario adquiere la función de recibo, depósito y administración y el despacho judicial a*

orden de quien se efectúa éste es el responsable de su administración y custodia, al punto que conforme el artículo sexto del Acuerdo 1676 de 2002, únicamente podrá disponer del depósito en virtud de providencia judicial comunicada al banco a través de oficio, el cual no reúne las características ni de un título ejecutivo y mucho menos de un título valor”.

Más adelante reiteró y agregó: “Es claro el objeto del contrato de seguro de infidelidad y riesgos financieros que es evidente que los hechos ocurridos en el mes de marzo de 2011 no se encontraban amparados por la mencionada póliza debido a que según las condiciones técnicas del seguro, ésta protegía el patrimonio de la entidad por pérdidas y/o daños a bienes propios y no propios por los cuales el INVÍAS era responsable. [] Ahora bien, esta agente del Ministerio Público considera que si bien con la conducta de los terceros se causó un detrimento o pérdida patrimonial, ésta no puede predicarse como consecuencia de los riesgos a los que está expuesta la entidad en desarrollo de su actividad, por cuanto fue como consecuencia de la función adelantada por la Rama judicial específicamente a través del Juzgado 4 Laboral del Circuito de Cúcuta, despacho que tenía a cargo la custodia y manejo de dicho dinero. Además dentro de los riesgos cubiertos en la póliza bajo la denominación ‘Falsificación de títulos valores y otros documentos’, conforme a lo manifestado por MAPFRE el 27 de febrero de 2013 en la respuesta dada al aviso del siniestro y presentación de la correspondiente reclamación este concepto no involucra a los remanentes existentes en un depósito judicial”.

Por otro lado, anotó que “mal puede predicarse que el remanente contenido en el depósito judicial respecto del cual se ordenó su pago se encuentra dentro de la definición que de título valor contiene la póliza, es más debe recordarse que la falsedad documental no se dio respecto de éste sino del poder otorgado falsamente por el Director del INVÍAS, su autenticación, los actos administrativos de nombramiento del abogado que fungió como apoderado del INVÍAS, quien no laboraba con la mencionada entidad y mucho menos ostentaba esta calidad, documentos que indujeron al Juez en un error, al punto que uno de los delitos por los que fue condenado el abogado fue fraude procesal del cual resultaron ser víctimas tanto la rama judicial como el INVÍAS. [] Además, debe tenerse presente que el depósito judicial es de naturaleza especial y la orden de pago de este debe ser proferida por el funcionario judicial, a favor del beneficiario en este caso la

entidad o de su apoderado, quien deberá tener expresamente señalada en el poder la facultad de recibir como se evidencia se consagró en el falso poder”.

En consecuencia, la representante del ministerio público solicitó que las pretensiones de la demanda fueran negadas.

3.4. Consideraciones del Tribunal

3.4.1. El alegado conflicto de amparos

El Tribunal debe analizar, en primer lugar, si los dos amparos contenidos en dos diferentes cláusulas, por una parte, en las Condiciones Técnicas Básicas Obligatorias, y, por otra, en las Condiciones Generales, cuyo conflicto alega MAPFRE al punto de considerar que la primera de ellas es la única acordada por las partes, se encuentran realmente en conflicto, con el propósito de esclarecer la cobertura aplicable al caso en cuestión.

Se debe observar, de entrada, que las Condiciones Generales de la póliza hacen parte del contrato, como se previó desde el pliego de condiciones -integrados al contrato según el numeral 6.29 de los mismos-.

Se lee en el “PLIEGO DE CONDICIONES SELECCIÓN ABREVIADA No. SA-MC-SGA-SA-046-2010” (folio 21 del cuaderno de pruebas No. 2):

*“Las condiciones Técnicas Básicas obligatorias se encuentran contenidas en los slips técnicos de cada una de las pólizas que integran cada uno de los grupos, y corresponden a los términos de las coberturas, cláusulas y demás condiciones particulares mínimas exigidas por el **INVÍAS**, que por sus especiales características requieren de una exigencia particular de cumplimiento que no puede obviarse y por lo tanto los proponentes deben con base en éstas formular sus ofertas.*

(...)

(...) Las Condiciones Técnicas Básicas Obligatorias corresponden a condiciones obligatorias de carácter particular, por lo tanto, en caso de existir discrepancia entre éstas y los textos de las pólizas, clausulados generales, certificados y/o demás documentos contenidos en la propuesta, las Condiciones Técnicas Básicas Obligatorias prevalecerán sobre cualquier información y/o condición. [resaltado del texto original].

(...)

4.1.18. EJEMPLARES DE LAS PÓLIZAS Y CONDICIONES GENERALES

El proponente deberá presentar los ejemplares de cada una de las pólizas del grupo o grupos para las cuales presenta oferta. Igualmente, deberá adjuntar con su propuesta, copia de las condiciones generales que serán aplicables al contrato que llegue a suscribirse, las cuales NO PODRÁN SER MODIFICADAS unilateralmente por la aseguradora, excepto que las mismas vayan en beneficio de la ENTIDAD. Igualmente, deberá adjuntar los textos de las cláusulas que serán aplicables a cada una de las pólizas, excepto aquellas que son de obligatorio otorgamiento y que son aceptadas con la presentación de la oferta, cuyo alcance y contenido no podrá ser variado ni modificado unilateralmente por la aseguradora, excepto que las mismas vayan en beneficio de la ENTIDAD. (...).

Más adelante se anotó en el pliego de condiciones:

“CAPÍTULO VI

CONDICIONES DEL CONTRATO

(...)

6.18 ESPECIFICACIONES

Harán parte integrante de cada póliza y amparo las cláusulas previstas en los slips técnicos elaborados para cada una de las pólizas que conforman la presente Selección Abreviada y las contenidas en la propuesta. Igualmente,

hacen parte integrante de los contratos, las coberturas adicionales ofrecidas y los servicios que la INSTITUTO, determine pactar”.

En los clausulados objeto de debate, de una parte, en el amparo número 4, contenido en las Condiciones Generales de la Póliza, se estipula lo siguiente:

“LA COMPAÑÍA SERÁ RESPONSABLE POR PÉRDIDAS DIRECTAS CAUSADAS POR FALSIFICACIÓN O ALTERACIÓN DE, SOBRE O EN CUALQUIER CHEQUE, GIRO, PAGARÉ, ACEPTACIÓN BANCARIA O PROMESA SIMILAR ESCRITA, ORDEN O INSTRUCCIÓN DE PAGAR UNA SUMA CIERTA EN DINERO, HECHA O GIRADA POR, O GIRADA CONTRA EL ASEGURADO, O HECHA O GIRADA POR ALGUIEN QUE ESTÉ ACTUANDO COMO AGENTE DEL ASEGURADO, O QUE PRETENDAN HABER SIDO HECHAS O GIRADAS COMO SE DIJO ARRIBA, INCLUYENDO:

- A) CUALQUIER CHEQUE O GIRO HECHO O GIRADO A NOMBRE DEL ASEGURADO, PAGADERO A UN BENEFICIARIO FICTICIO Y ENDOSADO A NOMBRE DE DICHO BENEFICIARIO FICTICIO;*
- B) CUALQUIER CHEQUE O GIRO OBTENIDO EN UNA TRANSACCIÓN CARA A CARA CON EL ASEGURADO O CON ALGUIEN QUE ESTÉ ACTUANDO COMO AGENTE DEL ASEGURADO POR CUALQUIER PERSONA QUE SE ESTÉ HACIENDO PASAR POR OTRA, Y HECHO O GIRADO PAGADERO A DICHA PERSONA SUPLANTADA Y ENDOSADO POR ALGUIEN MÁS DIFERENTE DE LA PERSONA SUPLANTADA; y*
- C) CUALQUIER CHEQUE DE NÓMINA, GIRO DE NÓMINA U ORDEN DE PAGO DE NÓMINA HECHO O GIRADO POR EL ASEGURADO, PAGADERO AL PORTADOR AL IGUAL QUE AL BENEFICIARIO NOMBRADO, Y ENDOSADO POR ALGUIEN DIFERENTE DEL BENEFICIARIO SIN AUTORIZACIÓN DE DICHO BENEFICIARIO.*

PARA LOS EFECTOS DE ESTE AMPARO, UN FACSIMIL REPRODUCIDO MECÁNICAMENTE DE LA FIRMA SE TRATARÁ DE LA MISMA MANERA COMO UNA FIRMA MANUSCRITA.

(....)”.

De otra parte, en el documento de Condiciones Técnicas Básicas Obligatorias, se incluyó la siguiente cobertura:

“Protección de depósitos bancarios

Cubre las pérdidas de dinero que el asegurado tenga depositado en sus cuentas corrientes o de ahorro en entidades bancarias o financieras (incluidos sus respectivos intereses), que se deba a falsificación o adulteración de un cheque, giro, letra de cambio, pagaré, carta de crédito o cualquier otra clase de título valor que el banco o entidad financiera presuma que ha sido firmado, endosado o avalado por el asegurado o por una persona que obre en su nombre o representación y que el banco o entidad financiera compruebe que no es responsable por dicho pago, incluyendo:

- Cualquier cheque o giro hecho o girado en nombre de la Entidad pagadero a una persona ficticia y endosado o pagado a nombre de dicha persona.*
- Cualquier cheque o giro hecho o girado en transacción del Asegurado o por su representante a favor de un tercero y entregado al representante de éste que resultare endosado o cobrado por persona distinta de aquel a quien se giró, y*
- Cualquier cheque o giro con destino al pago de salarios que habiendo sido girado u ordenado por el Asegurado, resultare endosado y cobrado por un tercero obrando supuestamente a nombre del girador, o de aquel a quien se debía hacer el pago.*

Para efectos de esta cobertura, las firmas estampadas por medios mecánicos se consideran como firmas autógrafas”.

Afirmó la demandada en sus alegatos de conclusión que el amparo estipulado en las Condiciones Generales de la Póliza *“deviene en inexistente por no haber sido acordada por las partes”* y también que *“deviene en inexistente en cuanto por solicitud de la convocante fue modificada en las Condiciones Técnicas Básicas”;*

haciendo especial énfasis en la similitud de los tres ejemplos de cobertura incluidos para cada uno de los amparos.

Como se indicó, debe el Tribunal examinar el contenido y alcance de las dos estipulaciones mencionadas con el propósito de definir si se está o no en presencia de una real modificación o derogación que las Condiciones Técnicas Básicas Obligatorias, como cláusulas o condiciones particulares, hicieron del amparo número cuatro de las Condiciones Generales.

Para este empeño, el Tribunal procederá, en primer lugar, a dejar consignadas unas breves ideas sobre los conceptos de condiciones generales y particulares, para abordar posteriormente la regla de interpretación según la cual éstas prevalecen sobre aquellas.

Las cláusulas o condiciones generales son, en palabras de Jaramillo Jaramillo, *“aquellas que, ab origine, tienen una vocación de mayor espectro -y cobertura- que las particulares, habida consideración que persiguen irradiar una serie o pluralidad de relaciones futuras (tráfico de masa), confirmando de este modo su generalidad –y no su individualidad o especificidad-, nota prototípica suya y, por ende, definitiva, en cuyo caso, in concreto, ‘... constituyen, consideradas en su conjunto, la trama esencial del contrato’, según gráficamente lo expresa el profesor F. Messineo. (...) Son pues generales las condiciones que, en la esfera finalista, a posteriori, uniforman el contenido básico negocial y que han sido redactadas unilateralmente por el predisponente -o por otro sujeto diverso- y no por el adherente, (...)”*⁹.

Las condiciones particulares, según Rubén y Gabriel Stiglitz, *“tienen como propósito consignar los elementos específicos de la relación singular, y en ese caso se suman a las condiciones generales. En otros, apuntan a la sustitución de una estipulación general negocial, y, como en el caso, traducen una expresión de voluntad que atiende al mecanismo tradicional en la formación del contrato, prevalecen sobre la condición general”*¹⁰.

⁹ Jaramillo Jaramillo, Carlos Ignacio. Principios Rectores y Reglas de Interpretación de los Contratos. Pontificia Universidad Javeriana; Grupo Editorial Ibañez, Bogotá, 2016, pág. 542.

¹⁰ Stiglitz Ruben, Stiglitz Gabriel. Contratos por Adhesión. Depalma, Buenos Aires, 1985, pág. 75, citados por Jaramillo, Carlos Ignacio, ob. Cit. Pág. 546.

El objetivo de las condiciones particulares *“fincan básicamente en precisar o complementar, en modificar, o en dejar sin efectos alguna –o algunas- de las previsiones inmersas en las condiciones generales, sin que exista en todo caso un numerus clausus de hipótesis respecto a su uso y a sus finalidades, (...)”*¹¹.

No obstante la creciente estandarización o masificación contractual, se impone en no pocas ocasiones la existencia de condiciones particulares puesto que en situaciones especiales es necesario ora agregar, ora suprimir, aclarar o precisar temas negociales respecto de los contenidos generales ideados para el grueso de las relaciones contractuales de determinado sujeto.

Pero es muy importante no perder de vista que como pueden ser variados los propósitos de las condiciones particulares, en cada caso deberá el intérprete identificarlos para arribar a correctas conclusiones. Lo cierto es que, como hacen ver con nitidez los profesores Stiglitz, no siempre la existencia de condiciones particulares supone la derogación o supresión de condiciones generales. Es perfectamente posible identificar una condición particular que agregue, precise o delimite elementos negociales sin tener que dejar sin efectos condiciones generales.

Por supuesto, el frente que representa mayor dificultad es aquel en el que se presentan posturas antagónicas en relación con la función que debe asignarse a una condición particular, y especialmente cuando se trata de averiguar si tiene cabida o no la regla de prevalencia de las condiciones particulares sobre las generales. Conviene recordar que la parte convocada ha sostenido que en las condiciones particulares de la póliza objeto de este proceso se reiteró lo dicho en las condiciones técnicas básicas obligatorias en lo relativo a la “protección de depósitos bancarios”, lo cual, a su juicio, hace que el amparo No. 4 incluido en las condiciones generales de dicha póliza, deba considerarse inexistente.

Se impone pues, precisar cuándo tiene lugar la prevalencia de las condiciones particulares sobre las generales. Comoquiera que podrían coexistir aquellas sin

¹¹ Jaramillo Jaramillo, Carlos Ignacio. Ob. Cit. Págs. 545 y 546.

derogación o ineficacia de estas, resulta de vital importancia delimitar los casos en los cuales es procedente la inaplicabilidad de una condición general.

La regla de prevalencia de las condiciones particulares sobre las generales supone un estado de incompatibilidad entre las mismas. Dicho con otras palabras, y en aplicación del principio de conservación de la eficacia del negocio jurídico, mientras sea jurídicamente posible sostener la compatibilidad, compaginación o conciliación de dos estipulaciones contractuales, una general y otra particular, no existe ninguna posibilidad de prevalencia de una sobre otra. Solamente en caso de real incompatibilidad, cuando resulte imposible la coexistencia de dos estipulaciones, podrá el fallador considerar prevalente una condición particular y restar eficacia a una general.

Así lo tienen bien averiguado la doctrina y variadas legislaciones.

Valgan los siguientes ejemplos:

*“... aquello que las partes han convenido específicamente para el negocio que se interpreta deberá ser tomado como expresión del ejercicio de la autonomía de la voluntad, a diferencia de las condiciones generales, que se integran por simple adhesión. Así, las primeras deben ser consideradas como derogatorias de las segundas **cuando se les opongan**”¹². (Las negrillas no son del texto original)*

“En términos generales, se tiene establecido que son dos los presupuestos genéticos de la regla en mención [se refiere a la regla de prevalencia de condiciones particulares].

*“El primero, referente a la exigencia de que ambas condiciones: la general y la particular objeto de escrutinio, sean intrínsecamente eficaces. Y el segundo, atinente a que respecto a una y otra exista una **discrepancia o contradicción** en lo que a su contenido y alcance se refiere.*

¹² Estigarribia B, María Laura. “Evolución de los Principios de Interpretación de los Contratos, con Especial Referencia a la República Argentina”. En Tratado de la Interpretación del Contrato en América Latina. T. I. Grijley, Lima, 2007, pág.316.

“ ...

*“El segundo presupuesto, a su turno, atañe a la obvia existencia de una **discrepancia, divergencia, inarmonía o contradicción** entre cláusulas: una de estirpe general, y otra de naturaleza especial. Al fin y al cabo, el supuesto de hecho de la regla de la prevalencia -o de la preferencia- es una contradicción, entendida como lo hace el Diccionario de la Real Academia Española”. (Las negrillas no son del texto original)¹³.*

En idéntica línea se pronuncian variadas legislaciones:

Artículo 1342 del Código Civil Italiano de 1942:

*“En los contratos concluidos mediante la firma de formularios dispuestos para disciplinar de modo uniforme determinadas relaciones contractuales, las cláusulas agregadas al formulario prevalecen sobre las del formulario **cuando fuesen incompatibles** con estas, aunque las últimas no hubiese sido canceladas”. (...) (las negrillas no son del texto original).*

Artículo 6, numeral 1º de la Ley de Condiciones Generales de Contratación española (ley 7 de 1998).

*“Cuando exista **contradicción** entre las condiciones generales y las condiciones particulares específicamente previstas para ese contrato, prevalecerán éstas sobre aquellas, salvo que las condiciones generales resulten más beneficiosas para el adherente que las condiciones particulares”. (las negrillas no son del texto original).*

Artículo 1400 del Código Civil peruano:

“En los casos del artículo 1397 [se refiere a las cláusulas generales de contratación] las cláusulas agregadas al formulario prevalecen sobre las de este

¹³ Jaramillo Jaramillo, Carlos Ignacio. Ob. Cit. Págs. 557 y 558.

cuando sean incompatibles, aunque las últimas no hubiesen sido dejadas sin efecto". (las negrillas no son del texto original).

Artículo 986 del Código Civil y Comercial de Argentina:

*"Cláusulas particulares. Las cláusulas particulares son aquellas que, negociadas individualmente, amplían, limitan, suprimen o interpretan una cláusula general. En caso de **incompatibilidad** entre cláusulas generales y particulares, prevalecen estas últimas"*. (las negrillas no son del texto original)

Las anteriores citas de doctrina y legislación extranjera, confirman que la regla de prevalencia de las condiciones particulares frente a las generales, requiere de contradicción, de incompatibilidad entre las mismas.

Así lo previeron las partes de este proceso, tanto en las Condiciones Técnicas Básicas Obligatorias como en las condiciones particulares.

Como lo recordó el señor apoderado de la Convocada, en el primero de los textos referidos se señala:

"Queda expresamente acordado y convenido, que la Compañía acepta las condiciones básicas técnicas establecidas en este anexo en los términos señalados en el mismo; por lo tanto en caso de existir discrepancia entre los ofrecimientos contenidos en las CONDICIONES BÁSICAS TÉCNICAS HABILITANTES frente a la propuesta, los textos de los ejemplares de las pólizas, certificados, anexos o cualquier otro documento; prevalecerá la información y condiciones enunciadas en las CONDICIONES BÁSICAS TÉCNICAS OBLIGATORIAS establecidas".

Y esta misma disposición contractual se incluyó en las condiciones particulares.

Para el Tribunal, la anterior cláusula constituye indudablemente el querer de las partes de dar prevalencia a las condiciones particulares sobre las generales en caso de existir contenidos negociales divergentes o discrepantes entre ellas.

Al respecto enfatiza el Tribunal que la regla de aplicación preferente de las condiciones particulares sobre las generales, demanda la divergencia o incompatibilidad sobre un mismo punto. Es decir, es necesario que un mismo supuesto contractual encuentre regulación disímil, diferente o contraria en las estipulaciones incluidas en las condiciones particulares respecto de las previsiones contractuales generales. El trabajo hermenéutico en ese sentido exige al fallador asegurarse de la imposibilidad de coexistencia de las dos cláusulas en conflicto para, entonces, inaplicar la general y dar prelación a la condición particular. Por tanto, si cabe la posibilidad de que las dos estipulaciones de cuya interpretación se trata regulen eventos diferentes, a pesar de su similitud o parecido, no es posible, sin lesionar el postulado de normatividad de los contratos (artículo 1602 del Código Civil) restar eficacia a una condición general. Es decir, si el intérprete llega a la conclusión de que las disposiciones en aparente conflicto regulan supuestos contractuales no coincidentes, no puede, por sustracción de materia, dar aplicación a la regla de prevalencia de las condiciones particulares sobre las generales.

Lo anterior, como se verá, es lo que ocurre en el caso bajo examen del Tribunal.

Luego de analizar las coberturas contenidas tanto en las Condiciones Técnicas Básicas, como en las Condiciones Generales de la Póliza de Seguro de Infidelidad y Riesgos Financieros, el Tribunal no encuentra discrepancia que amerite aplicar la prevalencia pactada por las partes en favor de las Condiciones Técnicas Básicas, y menos aún considerar que el amparo 4 de las condiciones generales de la póliza deviene inexistente por ausencia de consentimiento. Por el contrario, de la comparación de los dos amparos, se destaca la posibilidad de coexistencia de las coberturas por no regular el mismo supuesto de hecho.

En efecto, el amparo contenido en el numeral 4 de las Condiciones Generales de la Póliza, que hace parte del amparo general denominado en la póliza “FALSIFICACIÓN DE CHEQUES Y OTROS DOCUMENTOS”, está dirigido de manera amplia y general a cubrir *“pérdidas directas causadas por falsificación o alteración”* de cheques y otros documentos sin una procedencia o ubicación determinada. Por su parte, el amparo contenido en las Condiciones Técnicas Básicas, denominado “PROTECCIÓN DE DEPOSITOS BANCARIOS” se circunscribe a *“las pérdidas de dinero que el asegurado tenga depositado en sus cuentas corrientes o de ahorro en entidades bancarias o financieras”* que se deba a

falsificación de cheques, giros, letras de cambio, pagarés, cartas de crédito o cualquier otra clase de título valor.

Advierte el Tribunal que los supuestos de hecho que regulan las estipulaciones bajo estudio no son coincidentes, puesto que la condición particular objeto de este debate protege los “depósitos bancarios” al amparar las pérdidas de dinero que el asegurado tenga en sus cuentas corrientes o de ahorros, al paso que la condición general cubre las pérdidas de dinero como consecuencia de falsificaciones de cheques u otros documentos, sin que se vean afectados los depósitos bancarios en cuentas corrientes o de ahorros.

A pesar de que el amparo 4 de las condiciones generales comparte con la condición particular estudiada que la pérdida dineraria se origine en falsificación de cheques y otros documentos, pueden coexistir separadamente en la medida en que es perfectamente posible que se produzca una pérdida por falsificación documental sin que se vea afectado ningún depósito bancario en cuenta corriente o de ahorros de propiedad del asegurado. Así por ejemplo, bien puede producirse la falsificación del endoso de un cheque girado a la orden de un asegurado, de tal manera que el título sea finalmente cobrado por el delincuente; o la falsificación de una comunicación contentiva de una cesión de créditos, o la de una orden de pago cualquiera en favor del asegurado. En estos casos y en muchos otros análogos, a pesar de mediar una falsificación, la pérdida de dinero no se refiere a sumas previamente depositadas en las cuentas corrientes o de ahorros de que sea titular el asegurado.

Insiste el Tribunal en que los supuestos de hecho regulados en el amparo No. 4 de las condiciones generales y en el amparo de protección de depósitos bancarios incluido como condición particular, no son coincidentes -aunque compartan como supuesto de las pérdidas dinerarias la falsificación de documentos- razón por la cual no cabe dar aplicación a la regla de prevalencia de las condiciones particulares sobre las generales. Recuérdese que las condiciones particulares no siempre derogan o modifican estipulaciones generales, sino, a veces, amplían, precisan o agregan contenidos negociales que por una u otra razón las partes estimen convenientes o necesarias.

En el caso bajo examen, no encuentra el Tribunal que se haya acreditado voluntad de las partes de circunscribir los amparos a pérdidas de dinero necesariamente

depositadas en cuentas corrientes o de ahorros del INVÍAS y dejar sin protección las restantes pérdidas de dinero.

Por eso, y en la medida en que, jurídicamente hablando, es posible la coexistencia de las cláusulas en aparente conflicto, por regular supuestos de hecho no coincidentes, el Tribunal no restará eficacia alguna al amparo No. 4, contenido en las condiciones generales.

Considera entonces el Tribunal que mal puede calificarse de inexistente uno de los acuerdos efectivamente alcanzados por las partes, como lo son en este caso las Condiciones Generales de la Póliza; por el contrario, se reitera, ambos amparos resultan eficaces, y de su análisis se puede concluir que las obligaciones contenidas en los mismos no son contradictorias y bien pueden coexistir.

Comoquiera que la Convocante ha edificado sus pretensiones con apoyo en el amparo 4, contenido en las condiciones generales de la póliza de Seguro de Infidelidad y Riesgos Financieros No. 3402310000179, estipulación válida, según se explicó, el Tribunal adelantará el estudio de la excepción que ahora se despacha, a la luz de su contenido.

3.4.2. Sobre los hechos ocurridos en el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta

Las partes en este trámite arbitral no han manifestado discrepancias sobre los hechos ocurridos en la ciudad de Cúcuta el 10 de marzo de 2011, cuando el Juzgado 4 Laboral del Circuito de esa misma ciudad ordenó, mediante los oficios 54001310500420110067 y 54001310500420110066, el pago de los depósitos judiciales radicados bajo los números 451010000102897 del 22 de abril de 2004 y 451010000103325 del 28 de abril de 2004, cada uno por valor de \$550.000.000, a favor del señor William Alberto Márquez Pérez.

Para el Tribunal está probado que, como consecuencia de los hechos antes descritos, se produjeron las siguientes actuaciones de carácter penal:

- El 24 de junio de 2011, ante juez de control de garantías en Barranquilla, WILLIAM ALBERTO MARQUEZ se allanó a los cargos de ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO DE PARTICULARES EN CONCURSO CON FRAUDE PROCESAL.
- El 23 de noviembre de 2011 el Juez 6 Penal del Circuito de Cúcuta, condenó a MARQUEZ por los delitos de FALSEDAD MATERIAL EN DOCUMENTO PÚBLICO, USO DE DOCUMENTO PÚBLICO FALSO Y ESTAFA AGRAVADA.
- El 24 de enero de 2012 el Juzgado 3 Penal del Circuito de Cúcuta, mediante incidente de reparación integral por los delitos de ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO DE PARTICULARES EN CONCURSO CON FRAUDE PROCESAL, condenó a MARQUEZ al pago de los daños materiales causados por los delitos de ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO DE PARTICULARES EN CONCURSO CON FRAUDE PROCESAL.
- El 9 de noviembre de 2011, el señor ELIECER SALVADOR ALTAMIRANDA se allanó a los cargos de ESTAFA AGRAVADA, ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO DE PARTICULARES EN CONCURSO Y COHECHO POR DAR U OFRECER.
- El 27 de enero de 2012, el Juzgado 6 Penal del Circuito de Cúcuta, condenó a ALTAMIRANDA por los delitos de ESTAFA AGRAVADA, ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO DE PARTICULARES EN CONCURSO Y COHECHO POR DAR U OFRECER.
- El 23 de julio de 2012 el Juzgado 6 Penal del Circuito de Cúcuta, mediante incidente de reparación integral por los delitos de ESTAFA AGRAVADA, ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO DE PARTICULARES EN CONCURSO Y COHECHO POR DAR U OFRECER, declaró civilmente responsable a ALTAMIRANDA y lo condenó a pagar, de forma solidaria junto con los demás que resulten responsables, las sumas de dinero relacionadas con el daño emergente y el lucro cesante.

Adicionalmente, ha encontrado el Tribunal que el señor William Alberto Márquez Pérez, presentó, ante el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de la ciudad de Cúcuta, un poder y un acta de posesión falsos con el propósito de obtener los títulos judiciales que originaron la reclamación de la aquí demandante, tal y como efectivamente ocurrió. Este poder falso incluía la siguiente facultad a favor del señor Márquez Pérez:

“Mi apoderado queda ampliamente facultado para solicitar, recibir los títulos del proceso a su nombre, igualmente lo faculto para notificarse, desistir, sustituir, reasumir, presentar recursos y en general todo lo atinente a la defensa de los intereses de la entidad que represento. Renuncio a términos de notificación y ejecutoria”.

3.4.3. Sobre la inexistencia del siniestro

Como ya se ha fijado anteriormente, el Tribunal considera que los amparos incluidos tanto en las Condiciones Técnicas Básicas como en las Condiciones Generales de la Póliza de Seguro de Infidelidad y Riesgos Financieros resultan eficaces y pueden coexistir. No obstante lo anterior, encuentra el Tribunal que la excepción planteada por la demandada sobre la inexistencia del siniestro debe prosperar, en la medida en que de los hechos probados en este proceso se desprende que aquello que se falsificó no fue otro documento sino el poder mediante el cual el señor William Alberto Márquez Pérez pretendía representar al INVÍAS ante el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, documento que, como se verá, no encaja dentro de los previstos por las partes como objeto de amparo.

Para comenzar conviene recordar que la excepción aludida no la basó Mapfre exclusivamente en el ya despachado asunto de la pretendida prevalencia de las condiciones particulares sobre las generales. La Parte convocada ha sostenido que, aún bajo el amparo No. 4 de las condiciones generales, no puede considerarse que haya ocurrido un siniestro amparado por la póliza.

El Tribunal encuentra, como se expondrá más adelante, que el amparo No. 4 de las condiciones generales de la póliza de Seguro de Infidelidad y Riesgos Financieros No. 340231000179, no cubre la falsificación de un poder. Más allá de los ejemplos

listados en las Condiciones Generales de la Póliza, los cuales están referidos únicamente a cheques y/o giros, tampoco los descriptores generales de cada amparo incluyen la cobertura sobre la falsificación de poderes. De hecho, la que podría ser calificada como la cobertura más amplia, y que se encuentra en las Condiciones Generales de la Póliza, está referida a la falsificación de una “orden o instrucción de pagar una suma cierta en dinero”, no a la falsificación de un poder, en la medida en que dicho poder, en relación con los títulos judiciales, no puede ser considerada en ningún caso como una orden de pago.

Es precisamente la expresión “orden o instrucción de pagar una suma cierta en dinero”, incluida en el amparo No. 4, la que INVÍAS, convocante en este trámite arbitral, ha esgrimido en apoyo de sus pretensiones. En efecto, en el hecho 26 de la demanda, la Convocante afirma que “... el amparo denominado ‘Falsificación de Títulos Valores y Otros Documentos’ (...) incluye no solo la falsificación de títulos valores, sino también la de la ‘orden o instrucción de pagar una suma cierta en dinero’ como le sucedió al INVÍAS, mediante la falsificación de un poder con el cual se da facultades para la reclamación y cobro de títulos judiciales”.

Lo anterior impone al Tribunal la necesidad de establecer si el poder al que se está haciendo referencia contiene una orden o instrucción de pagar una suma cierta de dinero, como lo afirma la parte convocante.

Para comenzar el análisis, cabe recordar que el seguro es un contrato cuyas coberturas y exclusiones son de interpretación restrictiva, tal y como lo ha reconocido la Corte Suprema de Justicia¹⁴. En ese sentido, el Tribunal comparte los planteamientos expuestos por Mapfre en sus alegatos de conclusión. Así pues, para establecer el alcance preciso de los amparos y coberturas, el intérprete debe analizar cuidadosamente el texto del acuerdo de voluntades sin que, por supuesto,

¹⁴ Corte Suprema de Justicia, sentencia del 29 de enero de 1998, Sala de Casación Civil, Magistrado Ponente Carlos Esteban Jaramillo Schloss. Jurisprudencia reiterada en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia (i) del 24 de mayo de 2005, Sala de Casación Civil, Magistrado ponente Pedro Octavio Munar Cadena; (ii) 19 de diciembre de 2008, Sala de Casación Civil, Magistrado ponente Arturo Solarte Rodríguez; (iii) del 6 de julio de 2009, Sala de Casación Civil, Magistrado ponente William Namen Vargas; (iv) del 30 de agosto de 2010, Sala de casación Civil, Magistrado ponente Ruth Marina Díaz Rueda; (v) del 5 de julio de 2012, Sala de Casación Civil, Magistrado ponente Fernando Giraldo Gutierrez.

la preeminencia de la literalidad llegue al extremo de eliminar la función del contrato¹⁵. Es clara y reiterada la jurisprudencia que reconoce el carácter restrictivo de los ejercicios interpretativos para los contratos de seguros, regla soportada no solo en la naturaleza jurídica del contrato de seguros, sino en la protección especial que merece *“la relación que debe existir entre el riesgo asegurado y el siniestro, de manera que en la póliza, o en alguno de los anexos en mención, esté precisamente asumido por el asegurador el evento dañoso acaecido que motiva la reclamación y aparezca insoslayable, en la misma póliza o en los documentos complementarios la necesidad jurídica de indemnizar a cargo del asegurador, cuando de seguros de daños se trate”*¹⁶.

Como consecuencia, *“no puede el intérprete, so pena de sustituir indebidamente a los contratantes, interpretar aparentemente el contrato de seguro para inferir riesgos que no han convenido, ni para excluir los realmente convenidos, ni tampoco hacer interpretaciones de tales cláusulas que conlleven a resultados extensivos de amparo de riesgos a otros casos que no solo se encuentran expresamente excluidos, sino que, por su carácter limitativo y excluyente, son de interpretación restringida”*¹⁷.

De los hechos que sustentan el presente trámite arbitral se desprende con claridad que la Póliza de Seguro de Infidelidad y Riesgos Financieros se encuentra encaminada a proteger al INVÍAS por las pérdidas de dinero provenientes de la falsificación de órdenes de pago de sumas ciertas de dinero. Extender la cobertura para incluir negocios de apoderamiento judicial vía interpretación de la póliza, llevaría a trastocar todas las consideraciones que las partes realizaron originalmente respecto a los riesgos y las obligaciones que asumieron en virtud del contrato de seguro.

¹⁵ Corte Suprema de Justicia, sentencia del 27 de agosto de 2008, Sala de Casación Civil, Magistrado Ponente William Namén Vargas.

¹⁶ Laudo del 16 de julio de 2002, entre Palmar del oriente Ltda. y ACE Seguros S.A. y otro. Árbitros: carlos Esteban Jaramillo, Hernando Tapias Rocha y Jorge Cubides Camacho. Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

¹⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 23 de mayo de 1988, Exp.: 4984 Magistrado ponente: Pedro Lafont Pianetta.

Para el Tribunal el poder falso objeto de esta decisión no puede ser interpretado como una orden de pago de una suma cierta en dinero proveniente del INVÍAS, dirigida al Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, en la medida en que dicho poder simplemente hace referencia a la facultad de recibir los títulos del proceso, facultad que no comporta, ni podría comportar, la orden al juzgado de pagar una suma cierta de dinero, puesto que quien en realidad emite la orden de pago es precisamente el Juzgado, único que ostenta la capacidad de disposición de los referidos títulos. Esta afirmación no ofrece duda alguna según el Acuerdo del Consejo Superior de la Judicatura No. 1676 de 2002:

“CAPÍTULO III

Disposición de los depósitos judiciales

*Sexto. Orden de pago. **Únicamente podrá disponerse de los depósitos judiciales en virtud de providencia judicial, comunicada al banco por medio de oficio.***

El oficio será suscrito con la firma completa, antefirma, huella del magistrado o juez y del secretario, en los términos de los artículos 103 y 111 del Código de Procedimiento Civil, y elaborado según el formato DJ04, que hace parte del presente reglamento, el cual se entregará al interesado o a su apoderado, quienes firmarán las copias en señal de recibo.

Cuando hubiere título o títulos, estos se anexarán al oficio que ordene el pago, sin diligenciamiento alguno.

PAR.—La orden de pago de los depósitos judiciales por embargo de alimentos “cuota alimentaria, se expedirá por el funcionario judicial, por una sola vez, según el formato DJ05 que hace parte del presente reglamento, la cual conservará su vigencia mientras no sea modificada o revocada.

*Séptimo. Pago de los depósitos judiciales. **Los depósitos judiciales se pagarán según orden del funcionario judicial, quien la libraré únicamente al beneficiario o a su apoderado,** en los términos del artículo 70 del Código de Procedimiento Civil y de acuerdo con lo dispuesto en el numeral anterior.*

El pago se hará, previa confirmación, en la oficina del banco de la ciudad que administra la cuenta judicial, mientras éste realiza los ajustes tecnológicos que le permitan hacerlo en cualquiera de sus oficinas” (negritas y resaltado fuera del texto).

Para el caso en cuestión, la orden de pago de los depósitos judiciales proviene de la Juez Cuarta Laboral del Circuito de Cúcuta y se materializa en oficios dirigidos a la entidad financiera en donde se encuentran, documentos que no fueron falsificados y que no están cubiertos por los amparos acordados en las Condiciones Generales de la Póliza de Seguro de Infidelidad y Riesgos Financieros. Por su parte, el poder falsificado no constituye una orden de pago, cheque o giro. Reitera el Tribunal que el tenor literal de dicho documento simplemente otorga la facultad de *“recibir los títulos del proceso a su nombre”*; títulos que solamente podrán ser cobrados con apoyo en la, esa sí, orden que emita el juzgado correspondiente.

Por “orden” según el diccionario de la Real Academia Española, se entiende el “mandato que se debe obedecer, observar y ejecutar” y por “instrucción”, como acción y efecto de instruir, la comunicación de reglas de conducta.

Para el Tribunal es claro que en el poder falsificado no se comunica una regla de conducta o se produce un mandato que se deba obedecer, observar y ejecutar -por naturaleza, no contienen órdenes ni instrucciones los memoriales que se dirigen a los jueces, incluyendo los poderes- y menos aún de pagar una suma cierta en dinero, definido este en las condiciones generales de la póliza como **“SOLAMENTE DINERO EFECTIVO, MONEDAS, BILLETES Y ORO O PLATA EN BARRAS”**¹⁸. Y mal podría contener dicho espurio documento una orden tal (de pago en dinero), puesto que, como quedó dicho, solamente el juzgado tiene tal atribución frente al Banco Agrario. Para el Tribunal, el poder no contiene ni podía contener orden o instrucción de pago y, por supuesto, no refiere ni por asomo una suma cierta de dinero.

No desconoce el Tribunal la comisión del ilícito de falsificación, entre otros delitos, que produjo las ya referidas condenas en el ámbito penal, así como las de pagar al

¹⁸ Folio 115 del cuaderno de pruebas No. 1.

INVÍAS las sumas de dinero correspondientes, pero tal falsificación no encuentra amparo a la luz de la Póliza de Seguro de Infidelidad y Riesgos Financieros No. 3402310000179, por las razones expuestas. El riesgo asumido por el asegurador fue delimitado con precisión y según lo permite el artículo 1056 del Código de Comercio, en una estipulación contractual clara, exenta de ambigüedades y que, como quedó demostrado, fue concebida y redactada por la propia Convocante. Tal delimitación excluyó las pérdidas eventuales que se produjeran por falsificación de documentos que no encajaran dentro de los concebidos en el ya referido amparo No. 4.

Por tanto, considera el Tribunal que asiste razón a la parte Convocada cuando afirma que al ser el siniestro *“la realización del riesgo asegurado”* (artículo 1072 del Código de Comercio), en el presente caso no se presentó siniestro, comoquiera que la aseguradora no asumió el riesgo de pérdidas producto de la falsificación de un documento como el poder que obra en el expediente.

Llegado el Tribunal a la anterior conclusión, no hace falta que se detenga en las otras razones expuestas en el concepto rendido por la agente del ministerio público, que apuntan también a la negación de las pretensiones de la demanda.

Con apoyo en lo dicho, el Tribunal encuentra que la excepción que la Convocada denominó *“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN POR INEXISTENCIA DEL SINIESTRO”* debe prosperar y así lo consignará en la parte resolutive del laudo.

Por haber prosperado una excepción capaz de rechazar todas las pretensiones, excepción hecha de la primera (dirigida simplemente a declarar la existencia del seguro), respecto de la cual no hay controversia¹⁹, el Tribunal, con apoyo en la disposición contenida en el artículo inciso 3º del artículo 282 del C.G.P. se abstendrá de considerar las restantes esgrimidas por la Convocada.

¹⁹ El apoderado de MAPFRE manifestó allanarse a esta pretensión primera, aunque sin facultad expresa para ello, como lo exige el artículo 77 del C.G.P., de manera que lo expresado por la convocada, como allanamiento, es ineficaz (artículo 99, numeral 4 del C.G.P.), a pesar de lo cual la pretensión prospera, no solo por la ausencia de oposición sobre el particular, sino por estar debidamente acreditada la existencia del seguro (folios 39 y siguientes del cuaderno principal No. 1, folios 11 y 12 del cuaderno de pruebas No. 1 y folios 53 y siguientes del cuaderno de pruebas No. 2).

4. JURAMENTO ESTIMATORIO

Según el artículo 206 del C.G.P., quien pretenda el reconocimiento “*de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras*”, debe prestar juramento discriminando cada uno de sus conceptos, y “*Si la cantidad estimada excediere en el cincuenta por ciento (50%) a la que resulte probada, se condenará a quien hizo el juramento estimatorio a pagar al Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia entre la cantidad estimada y la probada*”. El parágrafo de la misma norma dispone que “*También habrá lugar a la condena a la que se refiere este artículo a favor del Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, en los eventos en que se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios. En este evento, la sanción equivaldrá al cinco por ciento (5%) del valor pretendido en la demanda cuyas pretensiones fueron desestimadas. [] La aplicación de la sanción prevista en el presente parágrafo sólo procederá cuando la causa de la falta de demostración de los perjuicios sea imputable al actuar negligente o temerario de la parte*”.

En concreto, son sancionables dos eventos: i) Aquel en el que la comparación de la cantidad estimada bajo juramento con la probada arroja diferencia de más del 50% a favor de la primera; y ii) La falta de demostración de los perjuicios, vale decir, que, al no ser probados en juicio, bien pueden llamarse perjuicios ficticios o inexistentes.

En ambos casos, la imposición de las sanciones va precedida de un examen de la conducta de quien hizo la estimación juramentada, como quiera que el propósito de la norma es castigar actuaciones negligentes, temerarias o de mala fe.

De acuerdo con la subsanación de la demanda, el juramento estimatorio se prestó por la suma de \$1.003.885.415,09, en atención al dinero recuperado por INVÍAS de los depósitos judiciales que sumaban \$1.100.000.000 y, en efecto, el auto dictado el 10 de marzo de 2011 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta (folios 80 y 81 del cuaderno de pruebas No. 1) da cuenta de que los depósitos judiciales suman \$1.100.000.000.

Para el Tribunal, no hay reproche de desproporción entre lo estimado bajo juramento y la cuantía probada de los depósitos (de hecho, es inferior lo estimado como perjuicio, según se anotó), ni en cuanto a falta de demostración de perjuicios a causa de negligencia o temeridad; el análisis jurídico del caso ha conducido a negar las pretensiones de la demanda por motivos diferentes a los previstos como objeto de sanción en el artículo 206 del C.G.P., esto es, las pretensiones de condena fracasan por razones jurídicas atinentes al fondo de la controversia, desarrolladas a espacio en la parte pertinente de este laudo.

En consecuencia, no hay lugar a imponer sanciones a la parte convocante en los términos del artículo 206 del C.G.P.

5. COSTAS Y CONDUCTA PROCESAL DE LAS PARTES

De acuerdo con el artículo 365 del C.G.P., “*Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso...*” (numeral 1), y “*En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión*” (numeral 5).

Las consideraciones del Tribunal alrededor de la controversia, como se ha adelantado, conducen a un escenario en el que se niegan las pretensiones de la demanda, a excepción de una, relativa a la existencia de la póliza de seguro, respecto a la cual no hay, en verdad, indicio de haber existido discrepancia entre las partes y que, por esta razón, no tiene significación suficiente para comportar una condena en costas a cargo de la convocada, ni para contrarrestar (por vía de abstención de condena en costas o pronunciamiento de condena parcial) la relevancia que sí tiene, para efectos de la valoración de lo que debe entenderse como “*parte vencida en el proceso*” en los términos legales, la negación de las demás pretensiones de la demanda, que constituían la esencia de la controversia.

En consecuencia, se debe condenar en costas a la parte convocante.

Las costas están compuestas por la totalidad de las expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso y por las agencias en derecho (artículo 361 del C.G.P.).

Las expensas y gastos originados en este proceso fueron únicamente los honorarios y gastos de funcionamiento del Tribunal. Lo pagado por la Convocada por este concepto fue:

Honorarios de los árbitros	\$33.690.000
Honorarios del secretario	\$5.615.000
Tarifa del Centro de Arbitraje	\$5.615.000
IVA de los anteriores rubros (19%)	\$8.534.800
Gastos de secretaría	\$500.000
TOTAL	\$53.954.800

Las expensas y gastos fueron, entonces, cincuenta y tres millones novecientos cincuenta y cuatro mil ochocientos pesos (\$53.954.800).

Para la fijación de las agencias en derecho, teniendo en cuenta lo señalado en el numeral 4 del artículo 366 del C.G.P., el Tribunal se guía por los parámetros fijados en los Acuerdos 1887 de 2003, 2222 de 2003 y 9943 de 2013 proferidos por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura (el Acuerdo No. PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016, que derogó los anteriores, únicamente rige los procesos iniciados a partir del 5 de agosto de 2016), bajo el entendido de que las reglas contenidas en ellos no son perfectamente trasladables al proceso arbitral, por la naturaleza particular de este último.

Se atiende, entonces, a la naturaleza, calidad y duración útil de la gestión de representación judicial, la cuantía y demás circunstancias relevantes, entre ellas, las tarifas propias de los tribunales arbitrales reguladas en el Decreto 1069 de 2015, por lo cual se señalarán las agencias en derecho en la misma suma que por norma correspondió a un árbitro en este proceso, esto es, veintidós millones cuatrocientos sesenta mil pesos (\$22.460.000).

De conformidad con lo anterior, la cifra a reconocer a la Convocada por el rubro de costas se compone de cincuenta y tres millones novecientos cincuenta y cuatro mil ochocientos pesos (\$53.954.800), por concepto de honorarios y gastos de funcionamiento del Tribunal, y veintidós millones cuatrocientos sesenta mil pesos (\$22.460.000), por agencias en derecho, de lo que se obtiene un total de setenta y seis millones cuatrocientos catorce mil ochocientos pesos (\$76.414.800).

En relación con el deber establecido en la parte final del inciso primero del artículo 280 del C.G.P. sobre la calificación de la conducta procesal de las partes, el Tribunal considera que su comportamiento estuvo ajustado a los deberes de lealtad, buena fe y demás parámetros legales, de manera que no se deducen indicios ni consecuencias negativas para ninguna de ellas.

III. PARTE RESOLUTIVA

Por las consideraciones expuestas, el Tribunal Arbitral constituido para conocer de la controversia suscitada entre INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS INVÍAS y MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A., administrando justicia por habilitación de las partes, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: Declarar, conforme a lo solicitado en la pretensión primera de la demanda, que entre el INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS, INVÍAS, y MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A., existió el contrato de seguro Póliza de Seguro de Infidelidad y Riesgos financieros No. 3402310000179 expedida el 7 de diciembre de 2010.

SEGUNDO: Declarar fundada la excepción denominada “*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN POR INEXISTENCIA DE SINIESTRO*” en los términos expuestos en la parte motiva y, en consecuencia, denegar las pretensiones segunda, tercera, cuarta, quinta, sexta y séptima de la demanda.

El Tribunal se abstiene de estudiar las demás excepciones propuestas, por la razón expuesta en la parte motiva.

TERCERO: Declarar que no hay lugar a aplicar las sanciones de que trata el artículo 206 del C.G.P.

CUARTO: Condenar al INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS INVÍAS a pagar a MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A., a título de costas, la suma

de setenta y seis millones cuatrocientos catorce mil ochocientos pesos (\$76.414.800).

QUINTO: En firme este laudo, entréguese el expediente al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, para lo de su cargo (artículo 47 de la Ley 1563 de 2012).

SEXTO: Por Secretaría, expídanse copias auténticas de este laudo con destino a cada una de las Partes y al Ministerio Público

Notificado en audiencia.

HERNANDO AUGUSTO GALINDO CUBIDES
Presidente

SERGIO MUÑOZ LAVERDE
Árbitro

JOSÉ ALBERTO GAITÁN MARTÍNEZ
Árbitro
(Con salvamento de voto)

JAVIER RICARDO RODRÍGUEZ SUÁREZ
Secretario

Tabla de Contenido

I. ANTECEDENTES.....	1
1. PARTES DEL PROCESO.....	1
2. EL COMPROMISO ARBITRAL Y COMPETENCIA.....	1
3. RESUMEN DEL TRÁMITE GENERAL DEL PROCESO.....	2
4. PRUEBAS RECAUDADAS.....	2
5. AUDIENCIA DE ALEGATOS.....	3
6. DURACIÓN DEL PROCESO.....	3
7. SÍNTESIS DE LA CONTROVERSI.....	4
7.1. La demanda.....	4
7.2. Contestación de la demanda.....	8
II. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL.....	10
1. PRESUPUESTOS PROCESALES.....	10
2. LA PRESCRIPCIÓN Y LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN.....	10
2.1. La excepción de prescripción.....	11
2.2. La excepción de caducidad.....	12
2.3. Consideraciones del Tribunal.....	13
2.3.1. Sobre la caducidad.....	13
2.3.2. Sobre la prescripción.....	20
3. LA INDEMNIZACIÓN RECLAMADA EN LA DEMANDA.....	24
3.1. El amparo invocado por INVÍAS.....	24
3.2. La oposición de MAPFRE.....	26
3.3. Concepto del ministerio público en relación con la cobertura de la póliza.....	27
3.4. Consideraciones del Tribunal.....	29
3.4.1. El alegado conflicto de amparos.....	29
3.4.2. Sobre los hechos ocurridos en el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta.....	40
3.4.3. Sobre la inexistencia del siniestro.....	42
4. JURAMENTO ESTIMATORIO.....	48
5. COSTAS Y CONDUCTA PROCESAL DE LAS PARTES.....	49
III. PARTE RESOLUTIVA.....	51

SALVAMENTO DE VOTO

De manera respetuosa me aparto de la decisión mayoritaria adoptada por mis colegas del panel arbitral, en lo que toca con la declaratoria de la excepción denominada “Inexistencia de la obligación por Inexistencia de Sinistro”, pues a mi juicio el hecho acaecido que dio lugar a la pérdida patrimonial de la parte convocante está cubierto por la póliza de seguro de infidelidad y riesgos financieros, por las razones expresadas a continuación.

En la demanda arbitral corregida se pretende:

“Que se condene a MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A., a pagar al Instituto Nacional de Vías - INVIAS, la indemnización de conformidad con el contrato de Póliza de Seguro de Infidelidad y Riesgos Financieros No.3402310000179, en razón del hurto de títulos judiciales por valor de mil cien millones de pesos (\$1.100.000.000) por parte de terceros mediante la falsificación de documentos, que se encuentra cubierto por el amparo de [‘]Falsedad de Documentos’, de conformidad con las condiciones generales y particulares de la Póliza de Seguro de Infidelidad y Riesgos Financieros No.3402310000179”.

Esta pretensión toma asidero en el hecho tercero de dicha demanda, según el cual:

“De conformidad con las Condiciones Generales y Particulares de la póliza de infidelidad y riesgos financieros No. 3402310000179, se encuentra amparada la ‘Falsificación de Títulos Valores y Otros Documentos’, definido este riesgo en las condiciones generales como: [] ‘Falsificación o alteración de, sobre o en cualquier cheque, giro, pagaré, aceptación bancaria o promesa similar escrita, orden o instrucción de pagar una suma cierta en dinero, hecha o girada por, o girada contra el asegurado, o hecha o girada por alguien que esté actuando como agente del asegurado, o que pretenda haber sido hechas o giradas como se dijo arriba, incluyendo:.....”

En tal sentido, la posición de la convocante, que se puntualizó en los antecedentes del laudo, se fundamenta en la circunstancia de entender que “la Póliza de Infidelidad y Riesgos Financieros cuenta con el amparo denominado “Falsificación de Títulos Valores y Otros Documentos”, definido en las Condiciones Generales,

que incluye, no solo la falsificación de títulos valores, sino la de una “orden o instrucción de pagar una suma cierta en dinero”, como es “la falsificación de un poder con el cual se da facultades para la reclamación y cobro de títulos judiciales”.

El suscrito coincide con dicho criterio, pues, en primer lugar, para definir si la pérdida sufrida por el INVIAS podía corresponder a uno de los riesgos asegurados era necesario desagregar el alcance del amparo respectivo, pues por su redacción resulta evidente que se refirió a diversos.

En tal dirección del texto de la póliza se puede concluir que amparó la falsificación, no sólo de títulos-valores, sino de otros documentos, como lo dice su enunciado, en los siguientes casos:

- A. Cuando se da la falsificación o alteración de un título-valor, orden o instrucción de pagar una suma cierta de dinero, es decir, la falsificación integral del documento.
- B. Cuando se presenta la falsificación o alteración sobre un título-valor, orden o instrucción de pagar una suma cierta de dinero, es decir, falsificación parcial sobre un documento que ha sido creado previamente por el INVIAS.
- C. Cuando la falsificación es hecha o girada contra el asegurado, es decir, contra el INVIAS.
- D. Cuando la falsificación es hecha o girada por alguien que esté actuando como agente del INVIAS y es dirigida a un tercero (banco u otra entidad).
- E. Finalmente, cuando la falsificación es hecha o girada por alguien que pretende ser agente del INVIAS, igualmente dirigida a un tercero (banco u otra entidad).

Identificados así los eventos, podía verificarse si la falsificación de un poder a un abogado que fue investido de la facultad de recibir los dineros del INVIAS depositados judicialmente a órdenes de un proceso, y la solicitud que este último dirigió al Juzgado para que se le entregarán a su nombre prevalido precisamente de la supuesta calidad de agente o apoderado de dicha entidad, cabían dentro de

alguno de aquellos y, en consecuencia, la pérdida patrimonial sufrida por la convocante estaba cobijada por el seguro.

Para ese propósito encontramos que según el artículo 70 del antiguo Código de Procedimiento Civil, reiterado por el artículo 77 del Código General del Proceso, el apoderado designado para representar a una parte dentro del proceso no tiene naturalmente la facultad de recibir, pues para que goce de ella es preciso que el poderdante lo haya autorizado de manera expresa.

Sobre esta facultad especial de recibir en el ámbito procesal el profesor Fernando Hinestrosa señaló que:

"[...] En lo que respecta al ámbito del poder, este, de suyo, tanto el de los representantes legales como el de los negociales y el de los orgánicos, se remite a la administración de los bienes a ellos confiados en razón de su oficio y, por lo tanto, están autorizados para <<cobrar los créditos>> y, naturalmente, recibir la prestación. En cambio, el poder para actuación judicial no comporta de por sí más que la atribución para iniciar y adelantar el respectivo proceso (art. 70 [4] c. de p. c.), o sea que la facultad para recibir exige una autorización especial [...]"¹¹.

Esta norma procesal desarrolla lo que en materia de "a quien debe hacerse el pago" regula de manera general el Código Civil en el artículo 1.634, en el cual se expresa:

"Para que el pago sea válido, debe hacerse al acreedor mismo (bajo cuyo nombre se entienden todos los que le hayan sucedido en el crédito aún a título singular), o a la persona que la ley o el juez autoricen a recibir por él, o a la persona diputada por el acreedor para el cobro".

Precisamente, sobre las distintas formas en que puede el acreedor conferir a un tercero la diputación para el pago el artículo 1.638 del Código Civil precisa:

"La diputación para recibir el pago puede conferirse por poder general para la libre administración de todos los negocios del acreedor, o por poder especial para la libre administración del negocio o negocios en que está comprendido el pago, o por un simple mandato comunicado al deudor".

Verificado lo anterior y para terminar el análisis que da lugar a este salvamento es importante igualmente traer a colación las disposiciones que regulan los depósitos judiciales, particularmente los artículos PRIMERO, SEXTO y SEPTIMO del Acuerdo número 1676 de 2.002 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, modificado por el Acuerdo No. PSAA09-5459 DE 2009, igualmente citados en el laudo, que en torno a la disposición de los dineros depositados de esta manera señalan lo siguiente:

“PRIMERO.- APERTURA DE LA CUENTA JUDICIAL. *En los términos del artículo 203 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, todo despacho judicial deberá tener una cuenta en el Banco Agrario de Colombia para el manejo de los depósitos judiciales constituidos a sus órdenes.*

SEXTO.- ORDEN DE PAGO. *Únicamente podrá disponerse de los depósitos judiciales en virtud de providencia judicial, comunicada al Banco por medio de oficio.*

El oficio será suscrito con la firma completa, antefirma, huella del magistrado o juez y del secretario, en los términos de los artículos 103 y 111 del C.P.C, y elaborado según el Formato DJ04, que hace parte del presente Reglamento, el cual se entregará al interesado o a su apoderado, quienes firmarán las copias en señal de recibo.

Cuando hubiere título o títulos, éstos se anexarán al oficio que ordene el pago, sin diligenciamiento alguno.

NUMERAL SÉPTIMO.- PAGO DE LOS DEPÓSITOS JUDICIALES. *Los depósitos judiciales se pagarán según orden expedida por el funcionario judicial competente en la respectiva providencia, quien la librará únicamente al beneficiario o a su apoderado, en los términos del artículo 70 del C.P.C. y de acuerdo con lo dispuesto en el numeral anterior.*

La orden de pago será comunicada al Banco Agrario mediante Oficio, que se elaborará según el formato DJ04”.

De todas estas normas se infiere que la orden que emite el Juez a cuyo conocimiento esté el proceso por cuenta del cual existan depositados judicialmente dineros en el Banco Agrario, resulta de una providencia en la cual dispone pagarlos a la parte o a su apoderado, en este último caso siempre que haya sido facultado expresamente para recibir, tal como antes se destacó, providencia que deberá estar seguida de un oficio dirigido por el mismo Juez al referido Banco.

En otras palabras, a no dudarle esa facultad especial de recibir contenida en el poder que resulta de una manifestación expresa de voluntad del poderdante, desde el punto de vista de las funciones y responsabilidades del Juez, quien tiene en su cabeza la administración de los depósitos judiciales y el deber de autorizar su cancelación a su legítimo acreedor o a su delegado, según lo regulan las disposiciones adoptadas por el Consejo Superior de la Judicatura, comporta una verdadera instrucción u orden para que el pago se lleve adelante de manera excepcional directamente al apoderado y no a la parte, como correspondería generalmente.

Bajo estas circunstancias, de cara a los eventos que daban lugar a la cobertura de la póliza de infidelidad y riesgos financieros No. 3402310000179 y que se desagregaron atrás, se puede concluir que el hecho que dio lugar a la pérdida patrimonial sufrida por el INVÍAS se encontraba efectivamente cobijado, en cuanto corresponde a la falsificación integral de una orden o instrucción de pagar una suma cierta de dinero, contenida tanto en el poder espurio que enarboló el pretendido agente o apoderado para actuar en interés del INVÍAS, y en el cual se le confirió la facultad excepcional de recibir, como en el memorial a través del cual y prevalido de dicha supuesta calidad solicitó al Juzgado el pago de los depósitos judiciales a su favor.

Por lo demás, aunque resulta evidente que en el poder no se dio la instrucción de pagar directamente al abogado los depósitos judiciales dando cuenta de una cuantía específica o señalando una suma cierta de dinero, dicha certeza venía dada y se lograba frente al hecho de que se trataba de aquellos depósitos realizados por cuenta del proceso al cual fue vinculado el INVÍAS y para el cual se designó al pretendido apoderado, cuya cuantía estaba debidamente amojonada y delimitada.

En otras palabras, la certeza o individualización de las sumas que se dispuso pagar al agente o delegado del asegurado podía resultar no sólo de lo que se expresara en el respectiva poder, sino del contexto de la situación en virtud de la cual el tercero que recibió esa instrucción, en este caso el Juez, debía proceder a realizar el pago, que para los depósitos judiciales se circunscribía a todos los que estuvieran a órdenes del respectivo proceso y de los cuales el despacho llevaba control.

En apoyo de este criterio se debe señalar que el concepto de “*orden o instrucción*”, contenido en la póliza, al no tener una referencia legal que establezca su alcance debía interpretarse a la luz de su acepción común, como lo dispone el artículo 28 del Código Civil, entendiéndola como toda manifestación de voluntad enderezada a que su destinatario actúe o deje de actuar de determinada manera, según las definiciones que trae el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española y que fueron transcritas en el laudo.

Ahora, para oponerse a esta interpretación no podía alegarse el criterio de la estrictez natural que cubre la hermenéutica del contrato de seguro, pues existe por otra parte aquella máxima según la cual el intérprete siempre debe buscar un criterio que permita que una cláusula surta sus efectos frente a aquel que se los cercene y que, en consecuencia, la torne ineficaz o inútil.

En este sentido, a juicio del suscrito el poder falsificado y el memorial elaborado por el pretendido agente o apoderado para obtener la entrega de los títulos, contienen instrucciones u órdenes sobre la forma en que el Juez debía proceder al pago de los depósitos judiciales, en este caso a favor del mismo apoderado, pues sin ellas dicho funcionario sólo habría podido disponer su cancelación al INVÍAS, de tal manera que tales documentos se constituyeron en causa inmediata y necesaria del daño sufrido por la entidad.

Debe por lo demás anotarse que una instrucción u orden de que el pago de una suma de dinero debida, emitida por el acreedor a quien puede gestionar los fondos respectivos, como un banco en su calidad de depositario o el juez en su condición de director del proceso, no pierde su alcance y naturaleza por la contundencia de los términos en que sean expresadas ni la forma que adopten, pues para el análisis siempre deberá prevalecer la sustancia y la finalidad que las soporten.

Es así como para efectos del amparo regulado en la póliza es indiferente que en el documento falsificado se hubiere señalado que se faculta a alguien para recibir por cuenta del acreedor, como se expresa en el poder, o que de otra forma se hubiere solicitado o instruido al juez para que pagare o gestionare el pago a favor de un tercero distinto del acreedor, pues la finalidad y el efecto en ambos casos eran absolutamente equivalentes.

Bajo estos términos, entonces, según el entendimiento del suscrito y en ello consiste mi disparidad de criterio frente al adoptado por el Tribunal, la pérdida sufrida por el INVÍAS fruto de la falsificación de un poder que contenía la instrucción expresa de pagar a favor del apoderado a quien se le facultó para recibir, seguida de la solicitud igualmente fraudulenta de quien se valió de una delegación que no tenía para que se le entregaran los depósitos consignados, quedó cobijada por la póliza siniestrada, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 1.072 del Código de Comercio, al haberse realizado el riesgo asegurado.

JOSÉ ALBERTO GAITÁN MARTÍNEZ

^[1] HINESTROSA FERNANDO, Tratado de las Obligaciones, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2.002, página 586.